

XIV CONGRESO ÍTALO-ESPAÑOL DE TEORÍA DEL DERECHO

XIVTH ITALIAN-SPANISH CONFERENCE ON LEGAL THEORY

PLURALISMO MORAL Y CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES *

Silvina Álvarez **

Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. El artículo comienza con un análisis del pluralismo de valores, para ocuparse a continuación de la que es su consecuencia más problemática desde la perspectiva del razonamiento práctico: los conflictos de valores. Después de definir los dilemas morales, el artículo pasa a ocuparse de los derechos fundamentales, en la medida en que reflejan el tipo de pluralismo moral antes analizado y pueden llevar, por tanto, a situaciones de conflicto. Como los genuinos dilemas morales, también los conflictos de derechos pueden reflejar el tipo de elección trágica que encierran dichos dilemas. Sin embargo, se afirma que el marco jurídico en que tienen lugar los conflictos entre derechos fundamentales hace que el tipo de soluciones que puede —y debe— ofrecer el derecho se configure de manera diversa a como se presenta el conflicto de valores en el ámbito exclusivamente moral. Sin cancelar el dilema moral subyacente —ni sus trágicas consecuencias morales—, la elección jurídica no tendría que asumir como propio el componente trágico que entraña para la moral la presencia de dilemas genuinos.

Palabras clave: Pluralismo de valores, valores generales, valores específicos, objetividad moral, dilemas morales, elecciones trágicas, derechos fundamentales, principios, conflictos de derechos, ponderación.

ABSTRACT. The paper focuses on the analysis of value pluralism and its most puzzling consequence: conflicts of values. After assessing the definition of moral dilemmas, the author brings into consideration the similarities between moral conflicts and conflicts of fundamental legal rights. Legal conflicts of this kind may also entail moral dilemmas —in the same way moral pluralism sometimes causes tragic choices. However, the legal system determines the presence of a different framework, offering diverse and various solutions. Even if moral dilemmas may be also present in conflicts of fundamental legal rights, legal solutions do not necessarily entail a tragic choice.

Keywords: Value pluralism, general values, specific values, moral objectivity, moral dilemmas, tragic choices, legal fundamental rights, principles, conflicts of rights, balancing.

* Fecha de recepción: 7 de enero de 2008. Fecha de aceptación: 31 de enero de 2008.

** Investigadora Ramón y Cajal.

Los derechos humanos introducen en el Derecho una fuente rica y compleja de argumentos morales. Junto con los principios entran también en el Derecho razones morales que pasarán a formar parte del razonamiento jurídico. Esto hace que en cuestiones como las relativas a los conflictos entre derechos fundamentales, es decir casos en los que dos principios o derechos no pueden ser satisfechos completamente, tengamos que profundizar en el conflicto moral que subyace al conflicto jurídico para poder comprenderlo y solucionarlo. Es por eso que este trabajo comienza por ocuparse del pluralismo moral, es decir del trasfondo ético en el que surgen los conflictos entre valores.

Los conflictos de derechos fundamentales nos enfrentan con la comparación entre valores y el desafío de alcanzar una solución justificada. En la medida en que las razones jurídicas remiten a las razones morales para la solución de casos de conflicto, se podría concluir que la solución jurídica en tal caso no haría más que reproducir las conclusiones alcanzadas respecto de los conflictos morales. Sin embargo, el análisis de los conflictos y dilemas morales y su comparación con los conflictos de derechos fundamentales, puede ayudarnos a comprender mejor el alcance de la semejanza —o diferencia— entre ambos tipos de conflicto.

Para abordar estas cuestiones, me ocuparé en primer lugar de analizar el pluralismo moral como presupuesto de los conflictos; a continuación me centraré en los conflictos morales con el fin de identificar sus características más relevantes, y en la posibilidad de que existan en la moral genuinos dilemas o conflictos trágicos. Finalmente, pasaré a caracterizar los conflictos de derechos fundamentales como un caso especial de conflictos entre valores.

1. EL PLURALISMO MORAL

Un primer sentido de pluralismo es el que señala la existencia de múltiples valores y la imposibilidad de realizar conjuntamente algunos de ellos¹. Esto representa un problema al que se debe enfrentar cualquier sistema de valores o teoría moral. Las teorías monistas resuelven los conflictos derivados del pluralismo estableciendo un orden cerrado de prevalencia entre valores, una jerarquía o un valor supremo con relación al cual se ordenan los demás valores². Las teorías pluralistas, en cambio, aceptan las consecuencias que se derivan de negar que exista entre los valores una jerarquía u orden en relación a un bien superior. Dichas consecuencias se refieren principalmente a la existencia de conflictos morales. I. BERLIN puso de manifiesto con claridad las nociones de pluralismo y conflicto al afirmar que «la libertad del pez grande es la muerte del pez chico» ([1969]1998:223). Las personas no pueden realizar completamente algunos

¹ Me referiré aquí al pluralismo como teoría moral, es decir, como propuesta para clarificar cuáles son las características y efectos que se derivan de la presencia de valores múltiples, y para valorar en qué medida tal caracterización puede dar cuenta del modo en que actuamos moralmente. Aunque en este sentido el pluralismo se presenta principalmente desde una perspectiva metaética, de análisis y fundamentación de los juicios morales, el pluralismo puede ser entendido también desde otras perspectivas éticas, como las de la moral positiva o la ética normativa. Véase M. BARBERIS (2006:157).

² El modelo monista suele estar representado principalmente por el utilitarismo, aunque también las éticas kantianas basadas en la supremacía de un valor rector responden a este modelo.

valores en la medida en que se encuentran en un escenario en el que los valores son plurales en lo que respecta a su contenido y los agentes morales que reivindican tales valores comparten un espacio y un tiempo comunes que a menudo se transforma en un límite para su realización.

Thomas HILL define el pluralismo de valores como una propiedad gradual de las teorías morales, en la medida en que éstas pueden ser más o menos pluralistas; en este sentido, las teorías que reconocen la presencia de valores inconmensurables son en principio más pluralistas (HILL, 1992:747). HILL afirma que una teoría puede reconocer el pluralismo incluso si defiende la reflexión y la deliberación racionales como vía para la solución de conflictos, lo que abre el camino para la consideración de un marco de entendimiento común dentro del cual tendría lugar el pluralismo —sobre este punto volveremos más adelante—.

Susan WOLF, por su parte, presenta el pluralismo desde una perspectiva más radical. Según la autora el pluralismo genera el tipo de situaciones en las que no hay principios o criterios generales que puedan ayudarnos a resolver la tensión entre dos posiciones contrarias; se trata de situaciones en las que habría razones válidas para resolver la cuestión a favor de ambas posiciones opuestas: «En tales casos, se podría decir que ambas posiciones son igualmente correctas, o que no hay una respuesta correcta —independientemente de la cuestión sobre qué es lo correcto» (1992:788)—. Esto revelaría la presencia de lo que la autora llama «bolsas de indeterminación» —*pockets of indeterminacy*—.

Teniendo en cuenta estas definiciones, el tipo de situación que genera el pluralismo se podría describir en dos etapas: 1) la imposibilidad de aplicar dos valores en conflicto determina la imposibilidad de lograr *una* solución correcta —sería el caso en que dos posiciones o soluciones contrarias pueden ser ambas correctas—; 2) esta presencia de dos valores que se excluyen mutuamente y que plantean un conflicto sin solución única da lugar a una situación de indeterminación que nos enfrenta con la cuestión de la inconmensurabilidad. Aunque no puedo abordar aquí este tema en toda su extensión, conviene hacer algunas brevísimas referencias.

Conviene distinguir, ante todo, entre inconmensurabilidad, incompatibilidad e imposibilidad de comparar o incomparabilidad. Desde la perspectiva de los conflictos entre valores, creo que podemos representar la inconmensurabilidad como la ausencia de una medida común, es decir, la presencia de dos criterios radicalmente distintos de evaluación³. BERLIN pone de manifiesto esta caracterización de la inconmensurabilidad al

³ La definición de la inconmensurabilidad entre valores es sumamente controvertida. S. LUKES, por ejemplo, propone distinguir la incompatibilidad entre distintas posiciones valorativas —que consiente la posibilidad de encontrar un ulterior entendimiento— de la inconmensurabilidad —que descartaría la posibilidad de cualquier entendimiento dada la ausencia de un parámetro común (1989:134)—. J. KEKES realiza la misma distinción entre incompatibilidad —que plantea propuestas excluyentes y por tanto no susceptibles de realización simultánea— e inconmensurabilidad —como imposibilidad de entablar comparaciones razonables— y afirma que el pluralismo debe abordar la presencia de conflictos provenientes de la coexistencia de valores que son incompatibles e inconmensurables (1993:21-22). J. GRAY analiza el pluralismo de I. BERLIN resaltando las características de inconmensurabilidad e imposibilidad de asociación —*uncombinability*— como sus rasgos distintivos (1995:53). M. STOCKER, por su parte, afirma que la presencia de valores plurales se manifiesta de diversas maneras y que incluso el monismo debe hacer frente al tipo de conflictos que generan, por ejemplo, diversas instancias o manifestaciones —a veces inconmensurables— de lo que en principio se presenta como valor úni-

contraponer el pluralismo al monismo y destacar las dificultades de la evaluación moral. Valorar, calibrar la calidad moral de una acción, es una compleja empresa que las personas abordan haciendo uso de su racionalidad pero enfrentándose a su vez con los límites que la realidad impone a sus aspiraciones normativas. Es por ello que BERLIN afirma que el pluralismo «[e]s más verdadero porque, por lo menos, reconoce el hecho de que los fines humanos son múltiples, no todos ellos conmensurables, y están en perpetua rivalidad unos con otros. Suponer que todos los valores pueden ponerse en los diferentes grados de una escala, de manera que no haga falta más que mirar a ésta para determinar cuál es el superior, me parece que es falsificar el conocimiento que tenemos de que los hombres son agentes libres, y representar las decisiones morales como operaciones que, en principio, pudieran realizar las reglas de cálculo» ([1969]1998:279). En palabras de R. CHANG, «*incommensurable items cannot be precisely measured by a single "scale" of units of value*» (1997:1). En este sentido, por ejemplo, la reflexión filosófica y la competitividad deportiva son habilidades inconmensurables en cuanto no existe un sistema único de medida respecto del cual pueda establecerse con precisión el valor que cada una de tales alternativas adquiere, se trata de opciones que se rigen por criterios no parangonables. La inconmensurabilidad así entendida, sin embargo, no negaría la posibilidad de realizar comparaciones⁴ entre valores en la medida en que tales comparaciones se hagan sobre la base de un tercer criterio⁵ —que no es ni el valor intrínseco a la primera alternativa (la reflexión filosófica) ni el valor intrínseco a la segunda (la competitividad deportiva)—. A veces la introducción de un tercer valor nos permite realizar operaciones entre lo que en principio pueden parecer conjuntos irreconciliables, pero que sin embargo admiten ser comparados con referencia a algún otro aspecto. Se trataría de una comparación no de sus propiedades intrínsecas —cosa que la inconmensurabilidad hace imposible— sino de sus relaciones respectivas con un ulterior valor.

co —como sucedería por ejemplo con la felicidad (1990:241-250; 1997:199)—. Sostiene además que la inconmensurabilidad no elimina la posibilidad de entablar comparaciones entre valores, como de hecho hacen los agentes morales como práctica habitual: el pluralismo no elimina la posibilidad de tomar decisiones a partir de una evaluación razonada (1990:176-177).

⁴ La posibilidad de entablar comparaciones entre valores puede presentarse como una forma débil de inconmensurabilidad. J. WALDRON propone esta distinción entre inconmensurabilidad fuerte y débil; mientras la primera conlleva la imposibilidad de entablar comparaciones, la segunda permite establecer algún orden de prioridades: «Afirmer que dos consideraciones A y B son inconmensurables en este segundo sentido —débil— implica que hay un orden entre ellas, y que en vez de sopesarlas cuantitativamente una respecto de la otra, vamos a preferir inmediatamente incluso una mínima muestra del lado de A a cualquier otra cosa —no importa su su peso— del lado de B» (1993-1994:816). Dentro de esta forma de ordenar los valores —que opone a la forma utilitarista de sopesar o ponderar— distingue WALDRON tres modelos distintos de inconmensurabilidad débil: «*trumping, side constraints and lexical priority*» (1993-1994:816-817).

⁵ CHANG afirma que «[i]t is sometimes thought that the first idea entails the second —that if there is no common unit of value in terms of which two items can be measured, they are incomparable [...]. But it is a platitude of economic and measurement theory that the lack of a single scale of units of value does not entail incomparability. Comparisons does not require any single scale of units of value according to which items can be precisely measured; one alternative can be morally better than another without being better by 2.34 units. Comparable items can be ordinarily ranked —ranked on a list— and need not be cardinally ranked —precisely ranked by some unit of value». (1997:2). Sobre comparabilidad véase también STOCKER (1997:203); SUNSTEIN (1997:238-240). La formulación más influyente en contra de esta definición de comparabilidad es la de J. RAZ que define la inconmensurabilidad como incomparabilidad; véase RAZ 1986:335-345; véase también GRIFFIN (1997:37-39). Sobre inconmensurabilidad e incomparabilidad en relación con los valores del liberalismo, véase GALSTON (2002:35; 2005:12-16).

Para que la comparación entre dos opciones o valores inconmensurables pueda tener lugar debemos encontrar entonces un ulterior valor de referencia con relación al cual poder confrontar dichas opciones. CHANG llama a este valor de referencia *covering value*, que podemos traducir por «valor abarcativo», y para cuya realización intervienen a su vez diversos «valores contribuyentes»⁶. Podría suceder que en algunos casos no encontremos valores abarcativos que nos sirvan para entablar una comparación, en cuyo caso estaríamos ante valores inconmensurables y no comparables⁷; pero no todos los casos tienen que ser de este tipo. Negar sin más que existan casos en los que valores plurales puedan ser comparados en relación con algún criterio o valor de referencia, conlleva asumir una posición pluralista extrema. Por el contrario, quiero mostrar aquí que existen otras formas de pluralismo atenuado o moderado.

Pasemos ahora a la incompatibilidad. Aunque no todos los valores inconmensurables son como tales imposibles de realizar conjuntamente por el agente —el amor y la competitividad deportiva son inconmensurables, a pesar de lo cual se pueden realizar conjuntamente en la medida en que no se produzcan situaciones de conflicto—, en caso de conflicto, sin embargo, se puede producir una situación de incompatibilidad, reforzada precisamente por no poder ser medidos en relación con una única unidad de medida. En tales casos, la comparación en relación con un valor abarcativo⁸ puede servir para redefinir la extensión de dichos valores de manera de hacerlos compatibles —es decir realizables conjuntamente, aunque solo en la medida que surja de la comparación⁹—.

De manera que en el marco del pluralismo podemos encontrar conflictos entre valores que respondan a una u otra de estas dos categorías generales: valores inconmensurables e incomparables (el pluralismo extremo o radical entendería que todos los conflictos entre valores son de este tipo), valores inconmensurables y comparables (el pluralismo moderado afirmaría que al menos algunos conflictos son de este tipo). Se pueden presentar además casos de valores que —independientemente de la conmensurabilidad o comparabilidad— sean incompatibles —los conflictos simétricos, en los

⁶ En palabras de CHANG: «Every comparison must proceed in terms of a value. A “value” is any consideration with respect to which a meaningful evaluative comparison can be made. Call such a consideration the covering value of that comparison. Covering values can be oriented toward the good, like generosity and kindness; toward the bad, like dishonor and cruelty; general, like prudence and moral goodness; specific, like tawdriness and pleasingness-to-my-grandmother; intrinsic, like pleasurable and happiness; instrumental, like efficiency; consequentialist, like pleasurable of outcome; deontological, like fulfilment of one’s obligations; moral, like courage; prudential, like foresight; aesthetic, like beauty; and so on. Most covering values have multiple contributory values —that is, values that contribute to the content of the covering value—» (Chang, 1997:5).

⁷ Sobre incomparabilidad y no comparabilidad, véase CHANG (1997:29). «The covering value predicate must apply to the items at stake; if the items are ‘so different’ that the relevant value does not cover them, they cannot be compared. But this failure of a value to cover is formal, and so it cannot entail incomparability. Noncomparability is neutral between comparability and incomparability».

⁸ No es el lugar aquí de analizar qué valores podrían funcionar como valores abarcativos; baste con señalar que aunque la lista de tales valores podría ser variable y en sintonía con el pluralismo moral, la autonomía personal es seguramente uno de ellos. Sobre autonomía personal, véase ÁLVAREZ (2002a; 2002b).

⁹ En el ámbito de la comparación, puede surgir otro supuesto cuando lo que se produce no es la ausencia de criterios comunes de evaluación, sino la imposibilidad de realizar conjuntamente ciertos valores que no solo podemos comparar y evaluar desde una perspectiva común, sino que al hacerlo nos damos cuenta de que la evaluación que reciben es idéntica respecto de sus méritos. Se produce en estos casos una situación de empate: después de realizar la comparación concluimos que las alternativas analizadas alcanzan una evaluación idéntica, son parangonables en todos los extremos de la comparación.

que el mismo valor da lugar a obligaciones contrapuestas (como se verá en el próximo apartado) presentan algunos de los casos más problemáticos de incompatibilidad, generando el tipo de dilemas morales llamados también conflictos trágicos, a los que me referiré más adelante.

En todos estos casos, el pluralismo nos enfrenta con (1) el hecho de la diversidad de valores (2) el conflicto entre valores distintos o entre perspectivas o instancias diversas de realización de un mismo valor (3) el desafío del entendimiento y la solución. En las páginas siguientes propongo explorar cuáles son las consecuencias de reconocer la existencia de las mencionadas zonas de indeterminación moral o, lo que es lo mismo, la ausencia de una respuesta única capaz de resolver sin más el conflicto. El conflicto no cancela la validez de los valores —cualesquiera sean éstos— pero revela un límite de los mismos¹⁰, en el sentido de que pone en evidencia su incapacidad para ofrecer soluciones definitivas a todos los conflictos morales y subraya al mismo tiempo la fuerza normativa de valores plurales.

1.1. Origen y extensión del pluralismo

Antes de analizar los conflictos morales, conviene decir algo más sobre dos aspectos importantes para la definición del pluralismo: (1) los contenidos del pluralismo: ¿cuáles son los criterios para evaluar la validez de los valores, sobre todo cuando éstos se presentan como valores específicos, instancias específicas de valores más generales? Se trata de analizar cuál es la extensión o carácter de las diferencias entre dichos valores específicos o lo que podemos llamar concepciones valorativas: las perspectivas diversas que se pueden asumir frente a un mismo valor. Frente a los que podemos entender como valores generales, habrá que determinar en qué medida concepciones o manifestaciones específicas sobre dichos valores pueden alterar el núcleo normativo de los valores generales. (2) el origen del pluralismo: se trata de establecer aquí cuáles son las fuentes de valor ¿tienen todos los valores la misma fuente u origen? ¿el pluralismo de valores depende necesariamente del contexto social? ¿depende de la cultura? ¿puede concebirse el pluralismo sin apelar a su origen social o cultural?

Dado que la respuesta a la segunda cuestión condiciona la respuesta a la primera, comenzaré entonces por la segunda. Las prácticas colectivas constituyen normalmente la fuente del pluralismo social: distintos grupos de personas asumen distintos modos de vida y esto con frecuencia determina la presencia de diferentes actitudes valorativas. En este sentido el pluralismo depende de las prácticas sociales y, más

¹⁰ BERLIN advierte que frente a la seguridad y la satisfacción moral que produce la creencia en un sistema monista, el pluralismo puede generar una actitud escéptica, y sin embargo afirma que «[l]os principios no son menos sagrados porque no se pueda garantizar su duración. En efecto, el deseo mismo de tener garantía de que nuestros valores son eternos y están seguros en un cielo objetivo quizá no sea más que el deseo de certeza que teníamos en nuestra infancia o los valores absolutos de nuestro pasado primitivo. “Darse cuenta de la validez relativa de las convicciones de uno —ha dicho un admirable escritor de nuestro tiempo—, y, sin embargo, defenderlas sin titubeo, es lo que distingue a un hombre civilizado de un bárbaro”. Pedir más es quizá una necesidad metafísica profunda e incurable, pero permitir que ella determine nuestras actividades es un síntoma de una inmadurez política y moral, igualmente profunda y más peligrosa» ([1969]1998:280).

específicamente, de la cultura que ellas generan. Joseph RAZ afirma que «algunos valores existen solo si hay (o hubo) prácticas sociales que los sustenten» (2003:19). En la concepción de RAZ, los orígenes sociales de algunos valores —que responden a lo que Raz denomina «la tesis de la dependencia social especial»— coexisten con otras fuentes de valor, es decir que no todos los valores dependen de prácticas sociales. Tales valores no dependientes RAZ los clasifica del siguiente modo: (1) «placeres puramente sensuales o de la percepción» (2) «valores estéticos de los fenómenos naturales» (3) «muchos valores —aunque no todos— que capacitan para la acción o la facilitan» (como la libertad), y (4) «el valor de las personas y de otros evaluadores que son valiosos en sí mismos» (2003:34)¹¹.

Las excepciones a la tesis de la dependencia social indican importantes puntos de referencia para entender el alcance del pluralismo. La esfera de la dependencia social aparece así delimitada por los valores no dependientes, principalmente por aquéllos establecidos en (3) y (4). Podemos sentirnos inclinados a considerar a estos últimos como valores absolutos, es decir valores que en una hipótesis de conflicto no podrían ser superados por valores socialmente dependientes. Podemos tomar esta hipótesis como primera aproximación a la relación entre valores dependientes y no dependientes; sin embargo, tal solución simplifica lo que de hecho pueden ser escenarios éticos más complejos. Afirmar que los principios generales limitan la extensión del pluralismo podría entenderse como una propuesta sobre la existencia de valores primarios y secundarios o generales y particulares, cuestionando de este modo la independencia de los segundos respecto de los primeros¹². Si los valores socialmente dependientes no son independientes de otros valores, entonces serían o bien meramente instrumentales o bien especificaciones vernáculos de principios fundamentales o universales. En este sentido, los valores culturales se podrían describir como instancias de valores fundamentales o desarrollos ulteriores de éstos, y podrían ser considerados como tales solo en la medida en que no comprometiesen (3) y (4). Admitir la existencia de valores absolutos respecto de los cuales son dependientes todos los demás valores debilitaría una de las tesis centrales del pluralismo —es decir, la ausencia de una jerarquía entre valores—. Negar tal relación jerárquica, sin embargo, no implica negar cualquier tipo de relación entre valores. Incluso RAZ, que sostiene que los valores socialmente dependientes son independien-

¹¹ Esta diversidad de valores y, más aún, de sus correspondientes fuentes de valor, ha sido señalada también por autores como Ch. LARMORE (1987), que pone en cuestión la posibilidad de englobar los valores en un sistema monista como los propuestos por las teorías deontológicas y consecuencialistas, o T. NAGEL (1979), quien clasifica los valores en cinco tipos distintos: «obligaciones, derechos, utilidad, fines perfeccionistas y compromisos privados», que reflejan a su vez distintos tipos de fuentes. Según NAGEL, una de las principales diferencias entre valores está dada por la división entre «razones personales o impersonales, centradas en el agente o centradas en los resultados, subjetivas u objetivas» (1979:133), y esta división refleja una vez más la diversidad de fuentes de que provienen dichos valores.

¹² Algunos autores, como J. KEKES, parecen querer alcanzar algún tipo de reconciliación entre principios generales y particulares que, sin afirmar la dependencia de los segundos respecto de los primeros, entienda los valores particulares o dependientes del contexto como expresiones de valores más generales. KEKES distingue entre valores primarios —vinculados a la naturaleza humana— y secundarios —vinculados a las diversas prácticas humanas—, superponiendo a esta clasificación otra entre valores predominantes y condicionales —que a su vez se distingue de la clasificación entre valores absolutos y *prima facie* (1993:18-20)—. En la versión de KEKES, el pluralismo rechazaría la existencia de valores predominantes —en el sentido de valores que en ningún caso pueden ser puestos en cuestión por otros valores—, aunque entiende los valores secundarios como expresiones particulares de necesidades humanas generales (1993:26;34).

tes de los valores generales —en la medida en que surgen exclusivamente a partir de prácticas culturales y no existirían sin ellas—, concibe a través de las ideas relativas a la interpretación, desarrollo y cambio de los valores, una conexión estrecha entre valores generales y culturales (véase RAZ, 2003:47-59).

Según RAZ «los valores más generales se explican al menos en parte a través del modo en que se insertan en valores más específicos»¹³. RAZ apunta la relevancia de las prácticas sociales y de los valores que ellas generan precisamente porque los que llamamos principios o valores generales no encontrarían su razón de ser ni de expresión sino a través de sus manifestaciones más específicas —es decir a través de las acciones de los seres humanos que a menudo se insertan en prácticas culturales—. En este sentido valores generales y particulares se entrelazan en una relación bidireccional: los valores generales se manifiestan a través de prácticas culturales específicas y éstas a su vez nos permiten delinear el alcance de principios más generales. La coexistencia de valores tiene lugar y evoluciona en la medida en que son posibles interpretaciones de la diferencia coherentes, es decir interpretaciones que no apelen a la comprensión de prácticas específicas como unidades aisladas, sino a su comprensión a partir de valores generales y de las relaciones entre unas y otros¹⁴. De este modo algunos valores específicos pueden presentarse como instancias de valores generales; esto parece ser lo que sucede cuando valores como la libertad o la igualdad pasan de su formulación más abstracta a formulaciones más detalladas, ligadas a una percepción de lo bueno.

Así entendido, el pluralismo incluiría valores generales y específicos, los cuales a su vez pueden ser instancias de valores generales o valores independientes, y entablaría un mecanismo a través del cual unos y otros se definen mutuamente, permitiendo la realización paralela de valores cuyo origen está ligado a procesos sociales o culturales —que surgen de lo que RAZ llama «*sustaining practices*»¹⁵— y de valores que, no obstante ser generales en su formulación, transmiten mejor sus contenidos a través de las distintas instancias sociales de evaluación moral. Llamaré a este tipo de diversidad moral *pluralismo comprensivo*¹⁶, que es una forma de pluralismo moderado¹⁷: el reconocimiento de la diferencia de valores que surge de las prácticas sociales y de los modelos culturales, y que al mismo tiempo satisface nuevas formulaciones de valores generales¹⁸. A esta

¹³ Véase RAZ (2003:50); véase también RAZ (2001:41-76).

¹⁴ Otra forma de aproximarnos al pluralismo de valores es a través de la noción de «fronteras de acuerdo y desacuerdo» que menciona RAZ (2003:51, 53). También desde esta perspectiva podemos pensar los valores generales como la frontera del desacuerdo, más allá de la cual comenzaría el espacio no de la incertidumbre que genera el desacuerdo producto de valores incommensurables —este tipo de desacuerdo es una característica ineludible del pluralismo—, sino de lo éticamente no permisible. En general, sobre la noción de desacuerdo, véase S. BESSON (2006).

¹⁵ RAZ (2003:20 y ss.).

¹⁶ W. GALSTON utiliza esta misma denominación para referirse a un concepto distinto —un tipo de teoría política pluralista que no separa la teoría política de otras áreas de conocimiento como la teoría moral—. Véase GALSTON (2002:9). También M. ROSENFELD se refiere al pluralismo comprensivo aunque en este caso para señalar su dimensión sustantiva y distinguirlo del pluralismo metodológico (1998:316-317).

¹⁷ HILL hace referencia a las «teorías moderadamente pluralistas» como aquellas que incorporan una teoría de lo correcto —o de los «principios básicos de deber que constituyen un marco antecedente»— que sienta las bases para la evaluación moral, pero sin afectar por ello el valor intrínseco de los distintos «tipos de vida» —lo cual parece hacer referencia a una noción moralmente más densa como sería la de distintas concepciones del bien (HILL 1992:748)—.

¹⁸ Esta idea sobre la presencia en la vida moral de los agentes de elementos generales y particulares que deben ser reflejados por la teoría moral ha sido expresada de diversas maneras. Según la interpretación de GRAY,

forma de pluralismo comprensivo como pluralismo moderado, se opondría el pluralismo radical como expresión no solo de la inconmensurabilidad entre valores sino de la imposibilidad de comparación entre valores y por tanto de resolución de los conflictos derivados del pluralismo.

Podemos pasar ahora a analizar las cuestiones mencionadas en primer lugar, al comienzo de este epígrafe, sobre el contenido valorativo del pluralismo. Aunque afirmemos que las prácticas sociales y la cultura tienen un papel significativo en el origen de valores específicos, no es este solo hecho relativo al origen social o cultural lo que confiere valor. En otras palabras, si el pluralismo no conlleva la idea de que cualquier tipo de convención sea válida o pueda dar origen a valores específicos, entonces cabe preguntarse cuáles son los límites para validar convenciones sociales o culturales¹⁹.

Cabe plantearse si en el marco del pluralismo se podrían acomodar valores específicos que consagren como valiosa cualquier práctica social. Si así fuese, el pluralismo se encontraría con el relativismo a través de la aceptación de —múltiples— valores específicos²⁰; el límite a este tipo de relativismo depende de la posibilidad de introducir algún criterio para determinar la validez de los valores específicos y esto, a su vez, parece depender en parte de los valores generales y en parte de la aceptación de algún grado de objetividad. Aunque no puedo extenderme aquí sobre las posibilidades de la objetividad en ética, conviene hacer algunas breves referencias sobre el tipo de objetividad a que me refiero. WOLF afirma la posibilidad de distinguir entre «objetividad» y «unicidad»: «la ética puede ser objetiva, o al menos parcialmente objetiva, incluso si no puede ofrecer una solución única y óptima para todos los problemas morales» (1992:748). Según la autora, la razón junto con los hechos empíricos sirven como guías para la evaluación moral incluso si estos dos elementos no bastan para alcanzar soluciones que puedan calificarse de objetivas, en el sentido de la única respuesta posible o la mejor respuesta a un conflicto de valores²¹. También STOCKER subraya que una «decisión razonada» no tiene que presentarse siempre como la única o mejor solución a una cuestión moral: puede haber más de una opción razonable (1990:178-180); y RAZ se refiere a aquellos casos en los que la razón no ofrece soluciones definitivas —es decir casos en los que una perspectiva neutral no ofrece soluciones excluyentes— como casos en los que dada la ausencia de una alternativa claramente mejor debería entrar en consideración «la perspectiva personal» (1999:239-246).

por ejemplo, BERLIN propondría un tipo de «pluralismo objetivo» que combinaría la diversidad e inconmensurabilidad de los valores con un marco común del pensamiento humano para la aproximación a las cuestiones éticas (1995:69). S. HAMPSHIRE, por su parte, habla de la existencia de «dos caras de la moral» representadas por un lado racional y otro predominantemente subjetivo (1983:2; véase también capítulo 2).

¹⁹ En este sentido, hay que señalar que en la base del pluralismo reside un tácito acuerdo sobre la noción de naturaleza humana que, aunque con los matices propios de la recepción que tal idea pueda tener en cada contexto cultural específico, serviría de denominador común a los distintos enfoques morales. Esta noción parece estar presente, por ejemplo, en la obra de BERLIN; véase GRAY (1995:66-69).

²⁰ Para una distinción entre pluralismo y relativismo —que caracteriza al primero con referencia al disenso intra-individual y al segundo con referencia al disenso inter-cultural—, véase BARBERIS (2006:162167).

²¹ La mejor respuesta debe entenderse aquí con referencia a las normas de un sistema ético de referencia e independientemente de la mejor respuesta que pueda convenirse en tanto mejor acuerdo alcanzado o mejor solución práctica a la situación de conflicto.

En otras palabras, el objetivismo moral no necesariamente conlleva la idea de que existe solo una respuesta correcta basada en la verdad de los argumentos²², y así entendida la objetividad es compatible —en algún grado— con el pluralismo moral. El principal recurso de la objetividad es la racionalidad; sin embargo, la racionalidad a veces no es suficiente para resolver conflictos sustantivos. Muchas controversias pueden permanecer sin solución incluso en el marco de un entendimiento racional. WOLF señala con acierto que no podemos esperar que «las condiciones que impone la razón determinen cuáles son las mejores y únicas alternativas» (1992:796). Se trata de reconocer tanto las potencialidades de la racionalidad en tanto marco para el entendimiento y mecanismo de validación moral, como sus límites para solucionar conflictos sustantivos; tal reconocimiento puede llevarnos a importantes conclusiones sobre la extensión del pluralismo. Éste contempla la superposición de —múltiples— opciones valiosas —que se ven especialmente reflejadas en lo que antes hemos analizado como valores específicos— cuyos referentes son valores distintos, opciones que pueden generar diversos cursos de acción todos ellos valiosos dentro del marco de entendimiento racional que fijan los principios generales²³. De acuerdo con WOLF, los modos de vida plurales se ubican «dentro de la gama de códigos aceptables a los que estamos constreñidos por la razón juntamente con los hechos empíricos» (1992:796).

Este enfoque de las cuestiones éticas apunta a lograr el entendimiento aunque sin soluciones definitivas. A su vez, esta forma de concebir el pluralismo incorpora las prácticas culturales sin concederles un papel constitutivo exclusivo en la formación de valores, pero sí integrándolas como puntos de partida ineludibles hacia la formulación de principios más generales, fundamentales o universales. En este proceso la racionalidad es el principal elemento para el entendimiento y el cambio.

²² Otra concepción no maximalista de objetividad moral —en el sentido de no vinculada a la idea de solución única— es la de NAGEL. Según este autor, la objetividad debe ser entendida como el encuentro entre la perspectiva interna o personal y un punto de vista externo o impersonal, teniendo en cuenta que la objetividad en ética no se descubre como algo que está fuera del sujeto evaluador sino que se construiría desde el propio sujeto. Véase NAGEL (1986).

²³ WOLF ofrece el ejemplo —tomado de una película— de dos personas que llevan modos de vida guiados por principios diversos: una —inspirada en la comunidad Amish— condena cualquier tipo de violencia en cualquier tipo de circunstancias, mientras la otra considera justificada la violencia en ciertas condiciones: «Hay una escena en la película en que uno de los hombres Amish, Daniel, es insultado por un matón del pueblo en el que se encuentran. Conforme a su modo de obrar, el hombre Amish simplemente permanece allí de pie, soportando el maltrato del matón, y de hecho le hubiera parecido incorrecto hacer otra cosa que no fuese soportarlo. Pero Book, el detective, no puede quedarse allí sin hacer nada, permitiendo al gamberro proseguir con sus despiadados insultos: finalmente se alza y salta sobre él rompiéndole la nariz» (1992:792). El ejemplo muestra dos reacciones no solo distintas sino opuestas que sin embargo son ambas moralmente válidas y coherentes con el conjunto de valores a que responde cada una de ellas. Este tipo de ejemplo, sin embargo, podría entenderse también como el tipo de situaciones que pone de manifiesto la clase de pluralismo que se desarrolla dentro del ámbito de lo permitido por un mismo sistema de valores. La aprobación de reacciones moralmente opuestas como las descritas respondería al distinto desarrollo de un mismo principio general —en el ejemplo—, ambas reacciones se enmarcan dentro del principio general de no agresión, solo que mientras un agente asume una posición sin concesiones sobre este principio (podríamos decir que adopta una posición supererogatoria), el otro contrapone dicho principio con circunstancias supervinientes tales como la agresión previa y la prerrogativa de la defensa. Desde otra perspectiva, podemos decir que se trata de un caso en el que, frente a una misma situación —alguien es insultado verbalmente—, un agente o sistema moral antepone el valor de la humildad o la no confrontación y por tanto establece que procede el silencio frente al insulto, y otro antepone el valor de la réplica frente al orgullo herido o la defensa ante la agresión verbal. En este caso estamos ante la presencia de valores plurales —la humildad, el orgullo, la legítima defensa— que admiten ser ordenados en diversas jerarquías de valores todas ellas válidas.

1.2. Conflictos morales y elecciones trágicas

Teniendo presentes las nociones apuntadas sobre cómo se configura el pluralismo moral, podemos ocuparnos ahora de la que constituye su consecuencia más problemática desde la perspectiva del razonamiento práctico, es decir, los conflictos de valores. Como hemos visto al definir el pluralismo moral, la tensión entre posiciones normativas contrarias está presente en la idea misma de que existen múltiples valores, es decir, múltiples aspiraciones normativas todas ellas de igual calificación moral. Es así que en el ámbito de la discusión filosófica en torno al pluralismo de valores, se presenta un conflicto en aquellas situaciones en las que dos —o más— valores no pueden ser realizados conjuntamente²⁴. Existen distintos tipos de conflictos según cuáles sean los valores que se enfrenten y según quiénes sean los agentes morales involucrados en el conflicto. Así, una primera clasificación de los conflictos requiere distinguir entre conflictos de valores cuya titularidad o pretensión recae en personas distintas (inter-subjetivos) o en la misma persona (intra-subjetivos)²⁵. A su vez, se hace necesario distinguir entre conflictos que tienen lugar entre instancias de un mismo valor y conflictos entre valores o instancias de valores distintos²⁶. A esta última distinción hace referencia la clasificación de los conflictos en simétricos y asimétricos²⁷.

²⁴ Tal vez convenga aclarar que el conflicto entre valores al que me refiero aquí admite distintos matices dentro del conjunto de conflictos que el agente moral puede tener que enfrentar. KEKES distingue tres formas en que pueden presentarse las afirmaciones o pretensiones morales en conflicto. La primera se refiere a «tener pretensiones morales del mismo tipo que entran en conflicto: dos obligaciones que no pueden ser realizadas, virtudes que no pueden cultivarse simultáneamente, componentes del bienestar general tan relacionados que cuanto más tenemos de uno menos tenemos del otro» —es a este tipo de conflictos al que de manera genérica me referiré en lo que sigue como conflicto de valores—. El segundo tipo de conflictos que señala KEKES es el que se produce entre conjuntos de valores —o conjunto de virtudes— que entrañan a su vez distintos tipos de pretensiones morales, que podrían ser «individuales, relacionales, impersonales, ideales, etc.». Este segundo tipo de conflicto parece hacer referencia a distintos sistemas de valores, al conflicto entre, por ejemplo, una moral consecuencialista basada en el bienestar general y otra basada en el autointerés. Por último, el autor señala el conflicto «entre las formas de vida de la que son parte los distintos bienes. [...] dentro de una forma de vida en particular pueden siempre surgir, al menos teóricamente, conflictos entre diferentes tipos de bienes que tienen lugar al asignarles distinta prioridad sobre la base de su importancia respectiva para ese tipo de vida. Para la gente dedicada a la reforma social, los derechos y los ideales sociales son generalmente más importantes que las virtudes y los ideales personales, mientras que para la gente profundamente religiosa la tendencia suele ser la inversa; los deberes ocupan normalmente un lugar importante en la vida de los soldados, pero para los artistas suelen ser menos importantes» (KEKES, 1989:149).

²⁵ Nótese que esta distinción se refiere no al agente que debe realizar la elección entre valores en conflicto sino a los agentes sobre los que recae la realización de dichos valores. Así por ejemplo si tengo que decidir entre salvar la vida de A o la vida de B estaremos frente a un conflicto intersubjetivo en los términos de la clasificación apuntada; y si en cambio se trata de decidir entre proteger mi vida o defender mi libertad —en un contexto en que no es posible realizar ambas— se tratará de un conflicto intrasubjetivo. En cualquier caso, es siempre uno el agente que debe tomar la decisión de seguir uno u otro curso de acción. Aunque la mayor parte de los dilemas morales son de este tipo, se ha señalado también que se pueden presentar dilemas de tipo interpersonal, es decir, situaciones en las que distintos agentes deben hacer acciones distintas, y aunque cada uno puede realizar la acción debida, no es posible que ambos las realicen. Véase MCCONNELL sobre la distinción entre dilemas «*single agent*» y «*multi-person*» (2006:8).

²⁶ En el ámbito de los conflictos entre derechos —de los que me ocuparé en el próximo apartado— se hace una clasificación análoga distinguiendo entre conflictos que ponen de relieve manifestaciones o pretensiones distintas respecto de un mismo derecho (intra-derechos) y conflictos entre dos manifestaciones o pretensiones concretas de derechos distintos (inter-derechos). Véase WALDRON (1993:217), MORESO (2005:161-162), ZUCCA (2005:103-106). Para una clasificación de los conflictos de derechos a partir del conflicto entre los deberes correlativos, véase F. M. KAMM (2001b).

²⁷ SINNOTT-ARMSTRONG (1988: capítulo 2). Véase también, MCCONNELL (2006:2); BARBERIS (2006:184).

Por otro lado, teniendo en cuenta el tipo de valores que entran en conflicto y apelando a la distinción señalada en el apartado anterior entre valores generales y valores específicos, los conflictos pueden producirse entre dos valores generales, entre dos valores específicos o entre un valor general y un valor específico. A su vez, cada uno de este tipo de conflicto puede tener lugar entre valores distintos —generales o específicos según sea el caso— o entre instancias de cada uno de ellos²⁸. Una clasificación similar de los tipos de conflictos entre valores es la que realiza John GRAY, al señalar que en la obra de Isaiah BERLIN se pueden distinguir tres niveles de conflictos: conflictos entre valores últimos, conflictos que se presentan en el ámbito de un mismo valor general —como los que suscitan diversas concepciones de la libertad o la igualdad— y finalmente conflictos entre valores diversos generados a partir de distintas formas de vida o de cultura (GRAY, 1995:43).

Un conflicto entraña una dificultad que hay que superar para poder actuar guiados por razones morales. El grado de dificultad de los conflictos o, dicho de otro modo, la mayor o menor insatisfacción moral que un conflicto pueda generar está dada por el tipo de soluciones que la propia configuración del conflicto permita encontrar. Los casos más difíciles de resolución de conflictos son los que aparecen en los genuinos dilemas morales o también llamados elecciones trágicas. A este tipo de conflictos me voy a referir enseguida, pero antes se hace necesario decir algo más sobre cómo se caracterizan en general los conflictos de valores.

Dos valores —o dos acciones que entrañan la realización de dichos valores— entran en conflicto cuando aún teniendo ambos los méritos para ser realizados no pueden producirse conjuntamente. En otras palabras, un conflicto entre valores presupone que dos valores o dos manifestaciones de un mismo valor están igualmente cualificados moralmente para poder ser realizados, pero existen imposiciones fácticas que impiden su realización conjunta. Esto significa que debemos optar por realizar uno de los dos valores o una sola de las posibles acciones que conducirán a la realización, cada una de ellas, de uno sólo de los valores en conflicto. En la medida en que exista una solución que esté fundada en una justificación producto de razones que indiquen al agente cuál es el curso de acción a seguir, entonces estamos frente a un conflicto que no se ha configurado como genuino dilema moral o caso trágico²⁹. Esto es así incluso si la solución final no es una solución óptima, en el sentido de que la solución pueda acarrear de todos modos consecuencias no deseadas o la pérdida de algo valioso.

En otras palabras, hay casos de conflictos en los que la solución entraña una pérdida no obstante no tratarse de un caso trágico ya que existe una solución moralmente justificada; por ejemplo, si observo que alguien va agredir mortalmente a otra persona, y para evitar que tal agresión se produzca tengo que intervenir golpeando al agresor, entonces la elección de la segunda opción difícilmente pueda decirse que genera una situación de conflicto trágico no obstante producirse una pérdida o un resultado con consecuencias no valiosas —alguien ha resultado dañado—, toda vez

²⁸ Aunque para simplificar la exposición solo me refiero aquí a los conflictos entre dos valores, los conflictos pueden producirse entre más de dos valores o instancias de valores generales o específicos.

²⁹ En palabras de MCCONNEL, «cuando una de las exigencias en conflicto supera a la otra o es más apremiante que la otra, no tenemos un genuino dilema» (2006:2).

que existe una justificación moral que avala la alternativa adoptada. Se trata de casos en los que las posibles soluciones entrañan todas ellas alguna pérdida pero tenemos razones para justificar por qué una de las posibles soluciones es mejor que las restantes³⁰.

Para ilustrar estos casos se suele recurrir a algunos ejemplos paradigmáticos. Uno de ellos es el caso en que cumplir una promesa puede ocasionar un daño a alguien, cuando la promesa consiste en devolver un arma a quien sabemos que tiene la intención de usarla para matar a otra persona. En un caso como éste, no dudaríamos en afirmar que la obligación de cumplir la promesa decae frente a la obligación de evitar un mal mayor como es la muerte de una persona. En los términos de SINNOT-ARMSTRONG, estamos ante un caso en el que una de las obligaciones supera a la otra y por tanto no llega a configurarse el dilema moral³¹. Se trata de un tipo de conflicto que nos permite sopesar los valores en cuestión y dar prioridad a uno sobre otro aunque pese sobre el agente la insatisfacción o incomodidad moral que provoca una solución imperfecta; llamaré a este tipo de casos conflictos de solución imperfecta³².

Otro caso paradigmático lo encontramos en el conocido ejemplo de SARTRE, en el que un joven debe decidir entre enrolarse en el ejército para ir a la guerra y luchar por su patria o quedarse a cuidar a su madre enferma³³. Aunque en este caso resulta menos claro que en el anterior determinar si una de las dos obligaciones en conflicto supera a la otra³⁴, la distinta naturaleza de las obligaciones parece dejar un margen para que el

³⁰ Dentro de este grupo de conflictos, se ubican los casos que señala STOCKER como conflictos en los que aunque existe una solución correcta y sabemos cuál es, la solución sin embargo sigue sin ser plenamente satisfactoria en la medida en que su realización entraña una pérdida importante. STOCKER afirma que esta forma de concebir el conflicto permite comprender muchos de los conflictos más frecuentes: «*This formulation answers to many clear cases of dirty hands and other conflicts—for example, betraying a friend for overriding political reasons, or one's country for overriding personal reasons; during World War II, bombing German cities, and thus killing innocent German civilians; leaving a marriage that has gone dead for you but not for your spouse; and Aristotle's case in the Nicomachean Ethics III.1 of someone's having to do something base to save his family from a tyrant*» (1997:198).

³¹ Sobre «overriding moral requirements», véase SINNOT-ARMSTRONG (1988:15-22).

³² A este tipo de conflictos que encuentran una solución moral se los ha llamado también conflictos aparentes; sobre la discusión en torno a si los conflictos resolubles son o no conflictos aparentes, y para una distinción entre los conflictos resolubles y los dilemas morales, véase BAYÓN (1991:386-392). Por otro lado, entre los casos de solución imperfecta, podemos identificar una ulterior clase de conflictos que tiene lugar en el nivel metaético: se trata de los conflictos entre las distintas exigencias de dos formas de fundamentación de la moral. El conflicto puede tener lugar entre los principios de una ética deontológica —que exigiría cumplir estrictamente con ciertas reglas como la que exige tratar a todas las personas por igual, o a todas las promesas como tales independientemente de su contenido— y los principios del consecuencialismo —que exigirían evaluar las consecuencias que se pueden seguir de nuestras acciones: en el ejemplo propuesto más adelante —nota 34 a pie de página—, no matar al prisionero tendría como consecuencia la muerte del propio prisionero amenazado y la consecuente imposibilidad de atender las obligaciones particulares de éste. Larmore analiza también este tipo de conflicto y apunta que en determinadas circunstancias los principios deontológicos y consecuencialistas deberían interpretarse conjuntamente, en la medida en que en algunos casos «lo que es deontológicamente mejor llevará a algo peor en términos consecuencialistas» (1987:146), y agrega que en tales casos estaremos ante un conflicto sin solución: «sabemos que tanto lo que es mejor en términos consecuencialistas como lo que es mejor deontológicamente constituyen obligaciones para nosotros y que no podemos realizar ambas. No se trata por tanto de que cualquiera de las opciones esté permitida, sino de que ambas son obligatorias» (1987:149).

³³ Para un análisis de este ejemplo véase, entre otros, SINNOT-ARMSTRONG (1988:3-4); MCCONNELL (2006:1-2).

³⁴ Sobre las distintas respuestas frente a este caso, véase MCCONNELL (2006:2).

agente encuentre distintos tipos de razones a favor de una y otra, y pueda eventualmente conceder a una prioridad sobre la otra³⁵.

La dificultad mayor se presenta cuando la igual naturaleza de las obligaciones en conflicto provoca la imposibilidad de establecer cualquier orden de prevalencia entre las opciones. Se genera entonces el tipo de dilema que resulta al constatar que no se pueden realizar ambas opciones conjuntamente y que realizar sólo una u otra ni es plenamente satisfactorio en términos morales ni puede justificarse con relación a razones morales³⁶. Esto es lo que sucede en los casos de conflictos simétricos, es decir aquellos en los que ambas obligaciones se refieren a un mismo valor o contenido moral. Uno de los ejemplos más claros para este supuesto es la decisión de Sophie³⁷. Después de haber sido trasladada con sus dos hijos a un campo de concentración, un oficial nazi se dirige a Sophie diciéndole que tiene que optar por uno de sus dos hijos: el que escoja se quedará con ella en el campo, el otro morirá; si en cambio se niega a optar por uno de los dos, entonces ambos morirán³⁸.

³⁵ Veamos otro ejemplo de solución imperfecta. Tomemos el caso —parcialmente cinematográfico— de un prisionero en un campo de guerra. Supongamos que al prisionero se le ofrece la posibilidad de sobrevivir solo si él mismo se encarga de matar al otro prisionero retenido en dicho campo. Supongamos también que el prisionero tiene hijos pequeños que están enteramente bajo su custodia y cuyo futuro podría ser incierto y penoso si él no pudiera ocuparse de ellos. El prisionero tiene que escoger entre matar al otro prisionero para sobrevivir y así poder cuidar a sus hijos, o no hacerlo con la consecuencia de que lo maten a él —privando a sus hijos de sus cuidados—. Tal vez en este caso nos parezca posible jerarquizar los valores en disputa y ubicar la vida humana por encima de la responsabilidad paterna. Pero entonces podríamos agregar otro elemento al conflicto y preguntarnos qué pasa con la propia vida del prisionero amenazado: algunos sistemas morales podrían exigir la entrega de la propia vida si se trata de salvar la de otro ser humano, pero otros tal vez excusarían la actitud de quien intenta salvar la propia vida amenazada. Los sistemas morales no prevén soluciones específicas para conflictos particulares y los principios generales no siempre siguen un orden cerrado de importancia o prevalencia. En este caso el conflicto admite varios análisis. Por un lado, el conflicto entre los deberes de una moral universalista deontológica —que exige no dañar a otro ser humano— y las exigencias de deberes particularistas —que llevarían al agente a pensar en su propia vida y sus relaciones afectivas y de responsabilidad—. Por otro lado, también se podría entender el caso en términos del conflicto entre los principios de una moral deontológica que exige no matar al prisionero y los propios de una moral consecuencialista que tendría en cuenta el resultado final de los posibles cursos de acción del sujeto —no matar al prisionero llevaría a perder la propia vida y con ello a desatender deberes particulares—. Con referencia a este tipo de conflictos, LARMORE afirma que los únicos casos en los que deberes particulares o especiales podrían imponerse a las prohibiciones de una ética deontológica serían aquellos en que «no hacer caso al principio de parcialidad nos llevaría a violar una prohibición deontológica similar. Supongamos, por ejemplo, que sus únicas alternativas fuesen matar a X o a Y (ambos inocentes) y que X fuese su amigo. De otro modo, las exigencias deontológicas serán siempre decisivas» (1987:144).

³⁶ Véase STOCKER (1997:197).

³⁷ Véase, entre otros, FINKELSTEIN (2001:306); MCCONNELL (2006:2); Barberis (2006:184).

³⁸ El ejemplo pone de relieve cómo dos instancias distintas de un mismo valor —en este caso la vida— pueden bloquear la decisión en la medida en que ambas opciones reciben la misma calificación moral. Así, desde la perspectiva de la conmensurabilidad antes analizada, no se trataría de un caso de inconmensurabilidad, ya que se trata de un mismo valor —el valor de la vida—, sino de igual valor de las opciones comparadas. Cabría preguntarse, sin embargo, como hace J. C. BAYÓN (1991:428), si al hablar de inconmensurabilidad no estamos afirmando en realidad el igual valor de dos alternativas. Desde otra perspectiva, entonces, y si tomamos cada una de las vidas en conflicto como unidades distintas de valor, podremos decir que ante la inconmensurabilidad entre el valor de la vida del hijo y el valor de la vida de la hija Sophie puede intentar buscar razones —a través de un valor abarcativo— que la ayuden a tomar su decisión. De hecho, en el relato Sophie escoge preservar la vida del hijo ya que piensa que en el contexto en que se encuentra, el campo de concentración, él tendrá más posibilidades de sobrevivir que ella. Podemos ver la decisión de Sophie como el resultado de comparar ambas alternativas valiosas a la luz de un valor abarcativo, como sería la capacidad de sobrevivir en un contexto adverso. Sophie intenta redefinir las vidas de sus hijos a la luz de este valor para así explicar su decisión. El intento de comparación, sin embargo, no parece exitoso en este caso. Los valores en conflicto no parecen poder

La elección entre dos vidas —igualmente valiosas— se configura como una elección trágica: Sophie puede (1) salvar a su hija o puede (2) salvar a su hijo pero no puede (3) salvar a su hijo y a su hija, y visto que sólo (3) es moralmente satisfactorio, Sophie no sólo no tiene razones para preferir (1) a (2) o viceversa, sino que en cualquiera de los escenarios posibles —hacer (1) o hacer (2)— hace algo malo.

Lo que produce perplejidad en esta situación es que no obstante no poder hacer otra cosa que optar por una u otra de las opciones en conflicto —salvar a su hijo o salvar a su hija—, la realización de una sola de las alternativas en conflicto es desde el punto de vista moral una mala solución. En palabras de T. MCCONNELL «el agente parece así condenado al fracaso moral; no importa lo que haga, hará algo incorrecto (o no logrará hacer algo que debe hacer)» (2006:2). Esta afirmación plantea problemas importantes en la medida en que señala que la existencia de dilemas morales cuestiona la coherencia de la ética como sistema normativo. ¿Cómo podemos afirmar que el agente haya actuado incorrectamente si no existía la posibilidad de un obrar plenamente satisfactorio, no existía siquiera una opción moralmente más satisfactoria que la realizada? En otras palabras, cualquiera de las opciones posibles son insatisfactorias, por lo que el agente solo puede optar por cursos de acción que son todos ellos moralmente malos. El dilema moral, por tanto, nos enfrenta con la obligación moral de hacer algo que las circunstancias de hecho hacen imposible³⁹. Una vez que el agente reconoce esta imposibilidad, es decir que ante la necesidad de los hechos renuncia a lo que idealmente sería la solución moralmente óptima y escoge entre algunos de los

redefinirse acabadamente, tal vez porque el valor abarcativo escogido no es suficientemente abarcativo —en cuyo caso estaríamos frente a un caso de valores inconmensurables e incomparables—.

³⁹ Cuando el dilema moral se plantea en términos de obligaciones revela con particular elocuencia problemas difíciles de resolver en la medida en que pone en cuestión la coherencia del sistema moral (nótese, sin embargo, y como señala WILLIAMS (1973:170-171), que no hace falta expresar el dilema en términos de «deber» para poner en evidencia el conflicto moral). Especialmente el dilema moral genuino, cuando se configura como consecuencia de la imposibilidad fáctica de realizar conjuntamente dos acciones que son cada una de ellas —al menos por separado— debidas, pero que dadas ciertas circunstancias de hecho no pueden ser realizadas conjuntamente, pone en cuestión el principio según el cual las acciones debidas presuponen que el agente puede llevarlas a cabo. Diversas soluciones han sido propuestas para eliminar los problemas de inconsistencia lógica que generarían los dilemas morales al poner en cuestión dicho principio. Una de las fórmulas que se ha propuesto para evitar la conclusión de incoherencia, es afirmar que existe la posibilidad de que las normas en conflicto se puedan realizar ambas desde una perspectiva teórica o «en algún mundo posible» (véase MCCONNELL 2006:3); si esto fuera así el dilema se presentaría como una consecuencia de una conjunción de hechos o circunstancias fácticas y no como una inconsistencia normativa. Se ha afirmado también, siguiendo a MCCONNELL, que «deber implica poder» es un «principio normativo sustantivo, no una verdad conceptual» (2006:5), o que en los dilemas morales las obligaciones en conflicto, dadas las circunstancias del caso, se transforman en una obligación disyuntiva: el agente debe hacer una u otra de las acciones debidas (2006:6). Sin embargo, las soluciones que se han propuesto para superar la inconsistencia lógica que generan los dilemas morales no eliminan para el agente el problema moral, el cual persiste de diversas maneras. Como afirma WILLIAMS, cualquiera sea la forma en que presentemos el problema, persiste para el agente la pregunta en torno a qué debe hacer; ninguna respuesta es concluyente en este punto, porque los deberes en conflicto persisten sin que se pueda eliminar sin más uno de ellos (1973:184-185). Sobre los problemas en torno al principio «debe implica puede», véase SINNOTT-ARMSTRONG (1988: chapter 4), MCCONNELL (2006:4-5); sobre la relación entre dicho principio y el principio de conjunción o «principio de aglomeración» en los términos de WILLIAMS, véase WILLIAMS (1973:179-186), BAYÓN (1991:411-414), MCCONNELL (2006:4-5); en general, sobre los dilemas morales y los problemas de inconsistencia en ética, véase GOWANS (1987), SINNOTT-ARMSTRONG (1988), MCCONNELL (2006). Para una argumentación en favor de la consistencia moral no obstante la existencia de dilemas, véase R. B. MARCUS (1987); véase también BAYÓN (1991:405-409). Sobre los dilemas morales, la consistencia moral y los conflictos de derechos, véase FINKELSTEIN (2001).

curso de acción posibles, el agente sigue, sin embargo, sin poder proporcionar una justificación moral para su acción, no obstante haber estado guiada ésta por la necesidad de las circunstancias⁴⁰. Sólo podemos entonces explicar por qué actuó como lo hizo, aportar argumentos que confirmen la configuración del dilema y podemos también excusar al agente por haber actuado como lo hizo ya que todas las posibilidades de acción eran malas.

En síntesis, un conflicto trágico es aquél en el que cualquiera sea la elección, cualquiera la línea de acción que se siga, se producirá un resultado insatisfactorio: no habrá solución alguna que proporcione al agente razones *morales* para la elección, en la medida en que todas las soluciones son moralmente incompletas —carecen de justificación moral—. Nótese que aunque la existencia de una pérdida, es decir, el hecho de que cualquiera sea la solución que adoptemos alguien perderá algo valioso, es un elemento que está presente en los dilemas morales, éste no es, sin embargo, definitorio del conflicto trágico. Lo que hace trágico el conflicto no es la pérdida sino la ausencia de una justificación moral de dicha pérdida, la imposibilidad de una solución moralmente satisfactoria, la falta de razones morales que expliquen por qué el agente ha actuado como lo hizo⁴¹.

Aunque los conflictos trágicos revelan un límite de la moral en su tarea de proporcionar razones que nos sirvan para actuar y que de este modo justifiquen nuestras acciones, bien se podría replicar que este tipo de situaciones no son frecuentes⁴². Estos casos trágicos de conflictos entre valores que no son inconmensurables —ya que contamos con una unidad de medida común respecto de la cual evaluarlos— pero que reciben una valoración idéntica y sin embargo las circunstancias fácticas determinan que no se puedan realizar conjuntamente, podrían dejar paso así a otro tipo de conflicto entre valores inconmensurables pero comparables —véase apartado 1, pp. 3-7—.

En cualquier caso, y más allá de la imposibilidad de encontrar una solución que satisfaga todos los valores en disputa o que los satisfaga en grado máximo, en los casos de conflicto se impone la necesidad —práctica— de alcanzar una solución y de

⁴⁰ La cuestión que se quiere resaltar aquí es que, incluso si resolvemos la incoherencia o inconsistencia lógica que parecen presentar los dilemas morales por algunas de las vías que se han propuesto —ver anterior nota a pie de página—, la insatisfacción moral persiste; el agente moral no ha resuelto satisfactoriamente el conflicto; las normas morales no han proporcionado al agente una solución moral. Puede ser que esta insatisfacción sea debida, como afirma WILLIAMS, a la presencia de sentimientos morales ligados con estados psicológicos del agente, como son la sensación de culpa o el remordimiento (1973:166); estos sentimientos tienen lugar porque el agente percibe la fuerza obligatoria de un deber que no puede satisfacer —aunque a veces se haya planteado que la percepción del agente podría no reflejar la efectiva existencia de un deber genuino—. En estos casos, la necesidad fáctica de la elección no eliminaría el conflicto entre deberes que se revela como moralmente insoluble (WILLIAMS 1973:179). Sobre la interpretación de los mencionados estados mentales del agente y lo que en general se ha llamado «residuo moral» o «efectos residuales», véase también BAYÓN (1991:395-400). Para una interpretación del conflicto no ya en términos de residuo moral, es decir a través de la presencia de remordimiento o sentimiento de culpa, sino como una situación en la que haga lo que haga el agente será culpable, ver MARCUS (1987); para una crítica a esta interpretación, véase FOOT (1987:259-261).

⁴¹ Resulta claro en estos casos que es la necesidad de actuar la que ubica al agente en la encrucijada moral. En este sentido, BAYÓN puntualiza que el carácter trágico de los dilemas morales reside precisamente en «tener ineludiblemente que elegir» sin que podamos fundamentar dicha elección en una justificación basada en razones (1991:431), y MCCONNELL afirma que la presencia de dilemas causa especial insatisfacción porque estaría revelando la imposibilidad de las normas morales de servir como guías para la acción (2006:3).

⁴² Véase STOCKER (1997:198).

dar cuenta de ella —aunque con esto no se elimine ni se solucione el conflicto moral en sí cuando éste se configura como genuino dilema moral—. La única forma de alcanzar dicha solución en el ámbito práctico es analizando cada caso en particular y sus especiales circunstancias, así como las posibilidades del agente. Toda vez que hay un conflicto su solución entraña, como se ha señalado ya, una pérdida del algún tipo para alguien. Una pérdida moral que implica la no satisfacción —o la satisfacción parcial— de algo que para alguien es valioso⁴³. Pero si podemos contextualizar dicha pérdida y relacionarla con los demás elementos del caso concreto, incluyendo las pérdidas relativas que los distintos agentes involucrados puedan sufrir, nos acercaremos a un tipo de solución que se consigue a través de la comparación y la toma en consideración de las circunstancias particulares del caso. Tal vez se trate de algo similar al «absolutismo concreto» propuesto por A. GEWIRTH al defender la toma en consideración de las consecuencias que se pueden seguir en el caso concreto de la toma de determinadas decisiones, y la comparación entre escenarios posibles como forma de razonamiento ético⁴⁴ (1993:106-107).

Los conflictos son consecuencia de la inexistencia de un sistema único y jerárquicamente ordenado con referencia al cual poder resolver todas las situaciones que la rica e inagotable vida moral de las personas puede suscitar. Los conflictos son una consecuencia del pluralismo de valores. En la medida en que no existan clasificaciones que den cuenta de un orden taxativo de prioridad entre valores, con frecuencia sucederá que tengamos que sopesar los principios en conflicto y satisfacerlos sólo parcialmente. Es una característica de la ética imponer normas que a menudo pueden exigir de los individuos renuncias importantes y a pesar de ello encontrar soluciones óptimas para los dilemas de la ética práctica es un objetivo no siempre al alcance de los agentes morales. El reconocimiento del pluralismo moral pone en evidencia estas conclusiones: los valores relevantes requieren ser sopesados cuidadosamente y con la mayor consideración, y la idea de poder satisfacer todos los valores presentes en situaciones de conflicto o de resolver los conflictos apelando a prioridades invariables parece estar lejos de reflejar el modo en que los conflictos se presentan y la manera en que razonamos sobre ellos. Las formas de razonamiento son a menudo más complejas y, como señala STOCKER, pueden requerir que apelemos a nuevas categorías de análisis que faciliten la comparación⁴⁵. En este sentido, incluso los principios generales o los valores no dependientes que hacen posible la interpretación y evaluación de valores particulares a veces pueden ser satisfechos solo parcialmente. La tarea de comparar nos enfrenta con problemas importantes que sin duda deberían ser abordados por la teoría, pero en cualquier caso, lejos de disuadirnos sobre las posibilidades del pluralismo confirman su

⁴³ STOCKER señala la noción de pérdida como una de la características del pluralismo, a la que añade la presencia de «consideraciones evaluativas cualitativamente diferentes» y un tipo específico de juicio moral distinto al de los sistemas monistas. Sobre esta última característica el autor señala que la tarea de sopesar valores distintos que debe enfrentar el pluralismo, nos lleva a realizar comparaciones que requieren «juicios evaluativos completos» —*out-and-out evaluative judgement*— (1990:168-174).

⁴⁴ El autor contrapone al absolutismo concreto el absolutismo abstracto, que no toma en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto ni las consecuencias de los posibles escenarios producto de tomar una u otra decisión: «*He [the abstract absolutist] views the alternatives as being both mutually exclusive and exhaustive. His sole concern is for the moral guiltlessness of the agent, as against the effects of the agent's choices for human weal or woe*» (1993:106).

⁴⁵ Véase STOCKER (1990:171-174).

presencia y nos advierten sobre una forma específica de juicio moral⁴⁶. En los casos de conflicto los principios se deben someter a una evaluación contrastada a la luz del caso particular, su contexto moral y las posibilidades de realización conjunta de principios que comparten un mismo ámbito moral.

2. CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Voy a centrarme ahora en las características propias de los conflictos de derechos fundamentales, para lo cual será útil reflejar las semejanzas y diferencias respecto de los conflictos morales a que da lugar el pluralismo de valores que antes hemos analizado. Los derechos fundamentales o derechos humanos —tal como aparecen en los documentos constitucionales— se expresan a través de principios⁴⁷, es decir, a través de normas generales cuyo contenido refleja valores subyacentes. Esto hace que la distinción entre derechos, principios y valores resida no tanto en su contenido axiológico último —que es el mismo— como en la forma en que se presentan formulados y su relación con el sistema —jurídico o moral— de referencia⁴⁸. Las similitudes entre principios y valores, llevan a R. ALEXY a afirmar que

«Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores» ([1986]1993:138).

La posibilidad de colisión entre principios o derechos fundamentales se confirma una vez que hemos descartado la posibilidad de establecer entre ellos un orden jerárquico⁴⁹. Como sucede con el pluralismo de valores, también la presencia de principios o derechos plurales que expresan un contenido valorativo idéntico en cuanto a su importancia, hace que detenten todos ellos el mismo rango y que por tanto no sea posible establecer un orden constante o abstracto de prioridades.

⁴⁶ NAGEL afirma que, sin abandonar los esfuerzos por alcanzar criterios o principios generales —producto de una perspectiva crítica y más o menos neutral—, es necesario incorporar la noción de «juicio»: una mirada que tome en consideración la singularidad de cada problema ético, una aproximación al caso particular, sus elementos distintivos, su especificidad. Todo ello conlleva el reconocimiento de que no existen soluciones únicas válidas para todos los conflictos éticos; el campo de la ética aparece así fragmentado pero no por ello deja de ser comprensible para la teoría ni abordable para la resolución de cuestiones prácticas (1979:135-136).

⁴⁷ Sobre la caracterización de los principios, véase DWORKIN ([1977]1969:61-145), ALEXY ([1986]1993:81-172), PRIETO SANCHÍS (1992), RUIZ MANERO (1996).

⁴⁸ Basándose en una distinción de VON WRIGHT, ALEXY señala que principios y valores se diferencian por su estructura o forma en que se expresan; así, los principios expresan mandatos y se colocan por tanto en el ámbito deontológico, mientras que los valores no se caracterizan por expresar deberes sino que se apoyan en la idea de lo bueno (1993:139-147). Esta distinción resulta útil en el sentido de diferenciar valores y principios en relación con su estructura o formulación. Resulta confusa, sin embargo, la vinculación de los valores exclusivamente con las concepciones de lo bueno, que da entender que ellos estarían ausentes, como tales, de las concepciones vinculadas no tanto a una idea de lo bueno sino de lo correcto. Me parece, en cambio, que se puede afirmar que los valores están presentes también en las teorías deontológicas —con la salvedad de su distinta formulación—, y que es precisamente porque se afirman ciertos valores que se puede derivar el deber de realizarlos o promoverlos tanto como sea posible.

⁴⁹ Sobre el orden jerárquico de los valores, véase ALEXY (1993:152-157).

En particular, dos derechos entran en conflicto cada vez que no es posible satisfacer completamente los efectos que se derivan de cada uno de ellos. Los derechos interfieren entre sí cuando no es posible para A ejercer su derecho sin afectar negativamente, restringir o perjudicar de algún modo el derecho de B. Pero los conflictos también pueden surgir cuando una misma persona no puede realizar plenamente dos derechos fundamentales distintos. A su vez, se ha señalado ya que —de manera similar a las clasificaciones de los conflictos morales que se han analizado— también los conflictos de derechos se pueden clasificar según que pongan de relieve pretensiones distintas respecto de un mismo derecho (conflictos intra-derechos: el derecho a la vida de A y el derecho a la vida de B) o pretensiones concretas de derechos distintos (conflictos inter-derechos: el derecho de libertad de expresión de A y el derecho al honor de B)⁵⁰.

Algunos autores, sin embargo, han sostenido que no es correcta esta caracterización de los derechos según la cual dos derechos entran en conflicto toda vez que no es posible su realización simultánea cuando ellos afectan a una o más personas que detentan intereses convergentes o comparten el mismo ámbito espacio-temporal. Así lo hace, por ejemplo, L. FERRAJOLI, cuando sostiene que hace falta distinguir entre distintos tipos de derechos fundamentales y que algunos de ellos, específicamente los derechos-inmunidad, no se verían afectados por el tipo de límites antes señalados, es decir, serían derechos ilimitados o absolutos. Tampoco habría conflictos entre los derechos sociales ni entre los derechos de autonomía «como los derechos de voto y los civiles de intercambio e iniciativa económica, y todos los demás derechos fundamentales»... «dado que los derechos de autonomía consisten en poderes jurídicos, su relación con los otros derechos fundamentales no es configurable como “conflicto”, sino más bien como sujeción a la ley»; tratándose de «poderes, los derechos de autonomía están destinados ... a ser sometidos a límites de leyes que impidan su ejercicio *legibus solutus*» (2001:353). Esta especificación de FERRAJOLI se podría tomar como una cuestión conceptual: el autor entiende que no debemos llamar conflictos a los casos en los que ciertos derechos se ven limitados, por ejemplo, en razón de disposiciones jurídicas que directa o indirectamente autorizan restricciones a su ejercicio. El derecho se configuraría ya con unos límites precisos que vienen dados por los otros derechos del sistema y, por tanto, dados esos límites no existiría conflicto sino distinta configuración jurídica de los derechos en cuanto a su extensión. Esta conceptualización, sin embargo, me parece difícil de sostener. En el primer caso, el de los derechos-inmunidad (entre los que FERRAJOLI incluye «la libertad de conciencia, la inmunidad frente a la tortura o frente a las penas arbitrarias, o bien, en los ordenamientos que excluyen la pena de muerte y las penas corporales, el derecho a la vida y a la integridad personal»), y también en el caso de los derechos sociales (que FERRAJOLI entiende que no entran en conflicto ni entre sí ni con los derechos de libertad), no se puede perder de vista que al establecer el catálogo de derechos, cuya formulación general es además abstracta y altamente indeterminada en cuanto al contenido, se extiende su titularidad a todas las personas. Tal adscripción universal implica reconocer no solo la superposición en cuanto a su titularidad —todas las personas son titulares de los mismos derechos— sino también la superposición en cuanto a su ámbito de aplicación. De allí que no sea difícil hipotizar que tales derechos pue-

⁵⁰ Véase WALDRON (1993:217), MORESO (2005:161-162), ZUCCA (2005:103-106).

dan enfrentar problemas de incompatibilidad, es decir, de imposibilidad de realización simultánea de todos los efectos que de ellos se derivan⁵¹. En el caso de los derechos de libertad, sus límites vendrían dados por su configuración jurídica, y dicha configuración o caracterización conceptual es tan general que necesariamente no puede dar cuenta de todos los casos posibles, de modo que nuevas hipótesis de superposición en el ámbito de aplicación obligarían a reformular dicha configuración jurídica caso a caso. En fin, me parece difícil negar que incluso los derechos-inmunidad no son absolutos en la medida en que, como se ha dicho ya, se realizan en un espacio, un tiempo y unas circunstancias que pueden comprometer su realización. Si lo que se quiere decir es que tales situaciones escapan al ámbito de garantías que puede ofrecer el sistema jurídico, precisamente eso es lo que se intenta explicar: que la configuración jurídica —e incluso la evaluación moral— del conflicto, a menudo revela la imposibilidad de soluciones óptimas o plenamente satisfactorias⁵².

Volvamos entonces a la hipótesis del conflicto. Los conflictos entre pretensiones normativas distintas son frecuentes entre las personas, y es precisamente la tarea del derecho darles una solución a través de las normas del sistema. En algunos casos, sin embargo, puede suceder que la solución que el sistema ofrece no sea plenamente satisfactoria. Como en el caso de los conflictos entre valores —recuérdese, por ejemplo, el caso del conflicto entre cumplir una promesa y evitar un daño—, puede suceder que aunque sepamos cuál es la solución adecuada al caso, o la solución que las normas del sistema prevén para el caso, ella no sea sin embargo la solución óptima —en la medida en que se sacrifican o recortan las pretensiones o intereses de alguien—, aunque sea mejor que las otras soluciones posibles⁵³. Si A y B reclaman la custodia de su hijo C y las únicas soluciones posibles son (a) dar la custodia a A o (b) dar la custodia a B, y ambas soluciones son insatisfactorias en la medida en que sacrifican la pretensión de A o B respectivamente, pero (a) es mejor que (b) porque incorpora algún elemento de valor para

⁵¹ Me parece oportuno aclarar aquí cuándo se produce tal incompatibilidad. A partir del análisis de HOHFELD sobre el derecho subjetivo, P. COMANDUCCI sostiene que «*c'è incompatibilità in astratto tra due norme che entrambe conferiscono diritti fondamentale, se si danno due condizioni: 1) se le fattispecie alle quali si applicano (ossia se i loro ambiti di applicabilità) sono totalmente o parzialmente coincidenti; 2) se la prima norma ascrive ad una classe di soggetti una modalità attiva e la seconda ascrive, ad un'altra classe di soggetti, la modalità opposta a quella che dovrebbe essere la modalità correlativa della modalità ascritta dalla prima*» (2002-2003:322). En otras palabras, si se da el caso que las circunstancias de aplicación de dos normas coincidan, y que dichas normas reconozcan a dos —o más— sujetos la misma pretensión normativa, entonces quedan configurados los supuestos necesarios para la incompatibilidad.

⁵² COMANDUCCI, analizando la compatibilidad o incompatibilidad en abstracto de los derechos, realiza dos críticas a la propuesta de FERRAJOLI. En primer lugar afirma que se trata de un modelo que quiere ser conjuntamente explicativo y normativo —esto último en la medida en que persigue la realización de ciertos fines ético-políticos— y que por tanto no recoge la distinción entre ser y deber ser; y en segundo lugar que si se trata de una propuesta «estipulativa» que no quiere reflejar lo que de hecho sucede en la práctica jurídica, entonces no serviría para dar cuenta de las cuestiones que nos ocupan (2002-2003:326). Las observaciones que he apuntado más arriba se inscribirían en esta segunda crítica de COMANDUCCI a FERRAJOLI, en la medida en que señalan problemas conceptuales que surgen de una caracterización de los derechos fundamentales que no tiene en cuenta todo el alcance de la incompatibilidad. Para una crítica a la tesis de FERRAJOLI, véase también A. PINTORE (2001:258).

⁵³ Tal es el caso en el ya mencionado ejemplo de la legítima defensa, en la que la agresión que lleva a cabo quien es atacado se antepone a la agresión del agresor originario, incluso si esta solución conlleva también una pérdida en el sentido de que alguien resulta finalmente agredido. En casos como éste en los que el conflicto encuentra una solución justificada, algunos autores prefieren hablar de conflictos aparentes. En torno a este ejemplo y las posibilidades de establecer prioridades entre derechos, véase KAMM (2001b: nota 1 a pie de página).

C que no está contenido en (b), entonces el conflicto se resuelve con una solución que, aunque no logre la satisfacción de todos los intereses legítimos en conflicto, expresa la mejor de las soluciones posibles. Cada vez que hay un conflicto, su solución suele acarrear algún tipo de sacrificio por parte de alguien, a menudo reforzado por la disposición contingente de los hechos.

La propia existencia del derecho como un sistema coercitivo implica una pérdida desde el punto de vista de la libertad individual —aunque, claro está, haya otras razones que nos lleven a aceptar o consentir así como a obedecer el derecho—. Esto pone de relieve que es propio del derecho como sistema normativo regular la conducta de las personas estableciendo en este sentido pautas que son límites al universo de acciones posibles que los individuos podrían llevar a cabo. Estas consideraciones quieren resaltar que la noción de pérdida, en el sentido de imposibilidad de realizar o conseguir algo valioso, está presente en toda solución jurídica a un conflicto. La mera imposición —o incluso auto-imposición— de normas daría cuenta de esta idea en el sentido de pérdida de cuotas más o menos importantes de libertad individual⁵⁴.

Ahora bien, la resolución de un conflicto puede resultar más o menos difícil en función de cómo se configure el conflicto mismo. Un primer elemento de dificultad en la resolución del conflicto lo introduce la posibilidad de que, como hemos visto antes, la respuesta alcanzada sea la mejor posible no obstante no poder satisfacer todos los intereses protegidos —es decir avalados por un derecho— o deber sacrificar algo valioso. Recordemos que traducido al conflicto de valores esta situación no configura un genuino dilema moral en la medida en que una de las soluciones sea superior a la otra⁵⁵. Un segundo elemento de dificultad —y la dificultad es ahora mayor— se da cuando no existe entre dos soluciones posibles ningún elemento que haga de una de ellas la solución preferible. Este tipo de casos surgen por lo general cuando dos agentes reivindiccan la satisfacción del mismo derecho —es decir que se trata de un conflicto simétrico— pero circunstancias de hecho impiden satisfacer ambas pretensiones—. Se trataría de casos en los que existe más de una solución posible y todas ellas están avaladas por razones igualmente válidas —siendo dichas razones pretensiones normativas igualmente válidas—. La dificultad es ahora mayor porque además no resulta indiferente escoger una u otra solución. Como en los genuinos dilemas morales, el conflicto estriba en que no obstante existir un deber de satisfacer las pretensiones contenidas en ambas soluciones posibles, solo podemos adoptar una de las dos soluciones enfrentadas y que al hacerlo, además, se produce una pérdida que tiene su causa directa en haber escogido esa solución y no la otra.

La dificultad que entraña la resolución de un conflicto de estas características se ve especialmente reflejada en algunos supuestos de conflictos de derechos fundamentales, lo cual ha hecho que a veces se haya definido el conflicto entre derechos fundamentales como un conflicto trágico y éste, a su vez, como aquel conflicto en el que cualquie-

⁵⁴ Nótese que aunque la noción de pérdida es normativa —agradezco a J. C. BAYÓN esta observación— y no meramente descriptiva —en la medida en que se define como imposibilidad de conseguir, mantener o realizar algo valioso—, no lo es la afirmación de que el derecho regula la conducta y en tal sentido la limita. Esta última noción es conceptual —como lo es el conflicto en el marco del pluralismo de valores—.

⁵⁵ Este tipo de soluciones alcanzarían lo que ATIENZA llama un «equilibrio óptimo» (1989:100), es decir el tipo de solución que logra ofrecer algún elemento por el que la decisión escogida supera a las otras posibles.

ra sea la solución que se adopte alguien pierde algo valioso⁵⁶. Esta caracterización del conflicto trágico se centra en la idea de que las soluciones posibles para el caso no pueden evitar que se produzca una grave pérdida para alguien —que se refleja en la imposibilidad de dar satisfacción a un derecho fundamental—. Esta pérdida, a su vez, ha sido a veces atribuida a la imposibilidad de las normas constitucionales de proporcionar soluciones moralmente satisfactorias⁵⁷.

Sin embargo, la idea de «pérdida» no es suficiente para caracterizar los conflictos como trágicos. Como vimos al analizar los conflictos morales, y en la medida en que los conflictos de derechos fundamentales reflejan un conflicto entre valores morales, lo que les imprime el carácter trágico no es la existencia de una pérdida de algo valioso para alguien, sino la imposibilidad de poder justificar dicha pérdida. En este sentido el conflicto moral trágico es un conflicto sin solución moral. Siempre que exista una solución que logre superar a la otra u otras en conflicto, es decir que ofrezca mejores razones con referencia a los valores protegidos, entonces ella justifica la pérdida que conlleva adoptarla. De modo que aunque la resolución del conflicto entre derechos fundamentales ocasione efectivamente una pérdida para alguien, el conflicto no será trágico si existe una solución que supere a las otras soluciones posibles y sirva entonces de justificación de la pérdida⁵⁸. Por otra parte, si el Derecho —como hemos afirmado— es pre-

⁵⁶ Para una caracterización de los conflictos de derechos fundamentales basada en la noción de pérdida véase ATIENZA (1989; 1991; 1998). ATIENZA afirma que un caso trágico es aquél en el que «no cabe encontrar ninguna solución (jurídica) que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral» (1991:252). Véase también L. ZUCCA (2005), quien caracteriza los conflictos de derechos fundamentales como «tragedias constitucionales» en la medida en que entrañan una elección trágica que conlleva necesariamente una pérdida y que no admite otra resolución que la vulneración de uno de los derechos en conflicto (2005:17; 47; 79).

⁵⁷ En el ámbito del Derecho constitucional a menudo se habla de «tragedias constitucionales», aunque esta expresión se utiliza con distintos significados. Siguiendo —en parte— las caracterizaciones de BALKIN (1998:121) y de J. FLAMING (1998:163), podemos reconstruir al menos cuatro sentidos en que se habla de tragedias constitucionales. En un primer sentido, se entiende que hay una tragedia constitucional cuando la propia Constitución —el texto constitucional— consagra normas contrarias a la moral. Se trataría de un conflicto entre normas constitucionales y normas no constitucionales (POST 1998:218) —en este caso normas morales—. Son numerosos los ejemplos que ilustran este tipo de conflictos, entre los cuales la protección constitucional de que gozaron las leyes sobre la esclavitud o la constitucionalidad de la pena de muerte en EEUU, cuentan entre los más citados; véase POST (1998:218); FLEMING (1998:163); BRADLEY (1998); STRAUSS (1998). Como consecuencia de este concepto de caso trágico, se entiende a veces que el caso trágico toma su calificación del hecho de que la juez se encuentra en una situación de elección trágica, en la que debe decidir entre la aplicación de las normas constitucionales o la aplicación de lo que considera moralmente justo; véase POST (1998:218-219). En un tercer sentido, se llama caso trágico a aquel que por vía de la interpretación constitucional llega a una decisión injusta, aunque la injusticia no esté consagrada por las normas constitucionales. Por último, se entiende que casos trágicos son aquellos que encierran conflictos entre derechos constitucionales. En sentido estricto es este último el significado que damos a los casos trágicos, aunque incluso dentro de este marco de significado se han resaltado distintos aspectos de los conflictos trágicos. CALABRESI y BOBBITT, por ejemplo, se centran en que el conflicto trágico encierra un enfrentamiento entre valores que no se pueden realizar conjuntamente produciéndose por tanto un gravoso daño que lo caracteriza. Sin embargo, sostengo aquí que este énfasis en el daño —o la pérdida— pierde de vista el elemento distintivo de este tipo de conflictos.

⁵⁸Cuál sea el peso relativo de las soluciones posibles es objeto de la interpretación y constituye uno de los temas más debatidos en torno a las posibilidades de la ponderación para calibrar dicho peso. Lo que el argumento aquí presentado quiere expresar es que, más allá de los problemas de interpretación, cuando una solución ofrece mejores razones que otra, entonces el conflicto encuentra una solución que justifica la pérdida que conlleva. En el caso de los conflictos morales vimos el ejemplo de tener que escoger entre incumplir una promesa o provocar un daño: aunque el agente se encuentra ante la disyuntiva de tener que optar entre uno u otro deber moral —cumplir la promesa o evitar un daño— el caso no se configura como genuino dilema moral en

cisamente un sistema de normas que regula las acciones con vistas a prevenir o, llegado el caso, resolver el conflicto⁵⁹, vemos que la noción de pérdida es de alguna manera intrínseca al derecho en la medida en que para lograr dicho objetivo debe recortar o limitar los intereses de las personas. La indeterminación que plantean los conflictos entre derechos fundamentales, sin embargo, no equivale a la ausencia de solución jurídica —aunque sí pueda haber más de una posible solución jurídicamente justificada—. Frente al dilema que plantean dos derechos fundamentales enfrentados, la solución jurídica debe ofrecer una respuesta que será el producto de comparar los valores enfrentados y a partir de dicha comparación encontrar una respuesta jurídica. Cuando estamos frente a un caso que refleja el tipo de conflicto simétrico antes analizado, la insatisfacción moral producto del dilema moral que subyace al conflicto de derechos es ineliminable y en tal sentido podemos estar ante un dilema moral o conflicto trágico. Pero la solución que se alcanza en el marco del sistema jurídico evita que el conflicto jurídico sea un conflicto trágico, en el sentido de un conflicto sin solución⁶⁰ —y aunque el dilema moral persista—⁶¹.

En este sentido conviene hacer dos aclaraciones. En primer lugar, al afirmar que cuando dos derechos entran en conflicto es posible ofrecer una solución razonada —como consecuencia por ejemplo de la ponderación— se afirma también la posibilidad de comparabilidad entre derechos. Debemos retomar aquí la cuestión de la incommensurabilidad, ya que los conflictos de derechos fundamentales nos enfrentan también con la cuestión en torno a la posibilidad de medir o calibrar el valor relati-

la medida en que evitar un daño es más importante que cumplir la promesa en cuestión. Muchos conflictos entre derechos fundamentales se resuelven de manera similar. En la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana sobre libertad de expresión, por ejemplo, la doctrina conocida como de las «*fighting words*» —establecida por primera vez por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire* en 1942, y extensamente desarrollada más tarde tanto en decisiones judiciales como en el análisis filosófico-jurídico—, ha sentado las bases para imponer un importante límite a la libertad de expresión cuando se trata del tipo de insultos que pueden provocar manifestaciones de violencia: «*[it] was designed to permit punishment of extremely hostile personal communication likely to cause immediate physical response*» (citado en *Village of Skokie v. National Socialist Party of America* 373 N.E.2d 21). Así, el conflicto configurado entre la libertad de expresión, por un lado, y la aparición de situaciones de violencia, por otro, se resuelve limitando la primera para evitar lo segundo. Sobre la interpretación de esta doctrina, véase GREENAWALT (1995); véase también SADURSKI (1999:113).

⁵⁹ Con respecto al papel central de la noción de conflicto en el Derecho, BARBERIS afirma que en el ámbito de la interpretación constitucional «*il conflitto fra valori non può considerarsi certo patologico, bensì fisiologico*», y es por esta misma razón por la que señala que también en el ámbito jurídico el pluralismo ético adquiere una especial importancia (BARBERIS 2002-2003:19).

⁶⁰ Claro que la solución ofrecida por un tribunal podría ser insatisfactoria al menos por dos razones: jurídicamente insatisfactoria desde la perspectiva de los criterios de validez o pertenencia que rigen el sistema en el marco del cual tiene lugar el conflicto, o moralmente insatisfactoria desde la perspectiva de un sistema más extenso de valores morales —o incluso podríamos afirmar que a veces la invalidez jurídica contiene la invalidez moral—. La incorrección moral de una decisión judicial, sin embargo, no anula por sí sola su validez jurídica.

⁶¹ ATIENZA señala dos razones por las que entiende que puede haber casos trágicos en el derecho: la primera tiene que ver con la existencia en el derecho de normas de fin o principios y su «mayor fuerza expansiva»; la segunda razón se refiere a la necesidad de lograr una solución correcta mientras que en los casos trágicos no existiría la posibilidad de ofrecer una solución razonada, o sería posible sólo en un sentido débil (1989:102-104). Esto, me parece, nos lleva a tener que sostener que la solución jurídica del conflicto no logra una respuesta moralmente satisfactoria, y parece coherente que así sea en la medida en que al conflicto de derechos subyace un dilema moral que como tal no tiene una solución plenamente satisfactoria en términos morales. Todo ello, sin embargo, no impediría la posibilidad de alcanzar una solución jurídica producto de la comparación contextualizada, a partir tal vez de elementos no centralmente relevantes moralmente, pero que pueden permitir la comparación con vistas a la solución jurídica.

vo de los derechos. Vimos ya que los valores en conflicto se pueden presentar como valores inconmensurables —no susceptibles de ser medidos con referencia a un criterio único común—. ¿Significa esto que los derechos fundamentales en conflicto son derechos inconmensurables? En la medida en que dichos derechos expresan valores subyacentes, ellos estarían sujetos al mismo tipo de inconmensurabilidad que hemos señalado para los valores. En este punto, sin embargo, cobra relevancia la noción de comparabilidad. Aunque los derechos fundamentales, en tanto valores, no puedan ser medidos con referencia a un criterio único común, en tanto derechos que forman parte de un sistema jurídico —con todo lo que ello implica en cuanto a la creación, identificación y adjudicación de las normas—, no pueden ser concebidos sino como títulos que deben hacerse compatibles unos con otros en el marco del sistema. Esto pone en evidencia la comparabilidad entre los derechos y revela además que no se trata de pretensiones con carácter absoluto⁶². Los derechos se definen y se ordenan a través de la comparación, la ponderación o la evaluación cualitativa que resulta de observar su importancia relativa en el conflicto.

Esto no quita que también en el ámbito del Derecho —como en la moral— podamos hipotizar casos en los que después de comparar las opciones —o derechos— en conflicto ninguna pueda ubicarse por encima de la otra, es decir casos en que las comparaciones posibles no permitan encontrar diferencias relevantes entre ambas. Esto sucede en casos de conflictos simétricos, en los que dadas las circunstancias de hecho no pueden realizarse ambas pretensiones, es decir, que se trata de casos de incompatibilidad —ver apartado 1—, en los que además la comparación entre ambos fracasa por la identidad en los otros elementos o características que rodean el caso. Tomemos el ejemplo de dos pacientes que se encuentran ingresados en un hospital, que presentan idéntico diagnóstico, cuyas circunstancias son idénticas en todos sus extremos, y que necesitan para curarse de la enfermedad que los aqueja una medicina de la cual hay disponible sólo una dosis⁶³. En este caso, y admitiendo que no exista ninguna circunstancia de hecho ni de derecho que pueda hacer variar la configuración de las pretensiones en conflicto, se produce una colisión entre dos derechos que se configura como un verdadero dilema moral en el cual hacer prevalecer el derecho de un paciente sobre el de otro no puede encontrar ninguna justificación moral ni jurídica. Si asumimos que el derecho, en la medida en que se trata de derechos fundamentales, es decir de principios cuyo contenido es principalmente un contenido axiológico o valorativo, debe proporcionar soluciones no solo jurídicamente justificadas sino moralmente en sintonía con los valores de que se trata —lo que podría traducirse como proporcionar soluciones moralmente correctas—, y si además aceptamos que la presencia de dilemas morales

⁶² La importancia de un derecho individual no descansa en el hecho de ser absoluto. Si los derechos fuesen absolutos, significaría que, por ejemplo, el derecho a la vida nunca podría medirse con otros derechos —como el derecho de legítima defensa o el propio derecho a morir—. Una perspectiva tal sobre la inconmensurabilidad de los derechos y su valor absoluto sólo sería posible en un mundo ideal, en el que las cosas tienen una existencia en sí mismas, pero en la medida en que la experiencia humana está determinada por el tiempo, el espacio y las circunstancias en general, también los derechos lo están. No hay derechos humanos absolutos; éstos forman parte de un sistema de relaciones recíprocas y es sólo en tal contexto que tienen sentido y son aplicables. Sobre el carácter absoluto de los derechos véase GEWIRTH (1984), LAPORTA (1987), RUIZ MIGUEL (1990).

⁶³ La formulación original del ejemplo se encuentra en KAMM (2001a:499; 2001b:251); véase también ZUCA (2005:94).

revela precisamente la imposibilidad de la moral de establecer en dichos casos cuál es la acción correcta, entonces las elecciones trágicas habrán entrado en el Derecho, y el Derecho, como la moral, no podrá en estos casos ofrecer una respuesta justificada⁶⁴. Admitir esta conclusión, sin embargo, podría dejar el sistema jurídico paralizado, sin capacidad para resolver conflictos. Este tipo de conclusiones alienta la perspectiva de quienes afirman la conmensurabilidad de los derechos⁶⁵. F. SCHAUER, por ejemplo, ha señalado que la ponderación surge de la necesidad de tomar una decisión frente al conflicto de derechos, y que si admitimos la ponderación constitucional debemos entonces admitir la conmensurabilidad⁶⁶. En este sentido, tal vez la idea de la respuesta correcta de R. DWORKIN, sea la que de manera paradigmática sugiere algún tipo de conmensurabilidad de los derechos: sólo si es posible comparar o sopesar el peso relativo de los derechos, será posible que el sistema —a través del juez— proporcione siempre una respuesta a los casos de conflicto⁶⁷ —aunque para afirmar esto no haga falta

⁶⁴ Desde otra perspectiva, esta afirmación hace referencia a la persistencia del conflicto incluso si asumimos una concepción del Derecho y de la interpretación jurídica que incorpore la argumentación moral. A veces se ha entendido que una forma de intentar superar los conflictos constitucionales sería abrir el razonamiento consuetudinario a la interpretación moral, es decir, no limitar los elementos que la juez tiene a su disposición para la resolución de los casos a los preceptos constitucionales en sentido estricto —a lo que podía ser una interpretación originalista de la constitución—. Esta vía, sin embargo, no resolvería los casos en los que el dilema constitucional es expresión de un dilema moral —como tal insoluble—. Véase POST (1998:219-221).

⁶⁵ J. BOMHOFF y L. ZUCCA analizan un sorprendente caso de la Corte Europea de Derechos Humanos en el que se alega la incommensurabilidad de los derechos en conflicto como argumento para eludir lo que en otros casos suele ser el método habitual de resolución del conflicto, es decir la ponderación (2006:429; 434). El caso en cuestión es *Evans v. the United Kingdom* (Fourth Section, 07/03/2006, Application núm. 6339/05), en el que la demandante solicita que su ex-marido —con el que años atrás, y tras habersele diagnosticado tumores en ambos ovarios que determinaron la extirpación de los mismos, habían tomado la decisión de congelar sus óvulos fertilizados con los gametos de su entonces marido de modo de poder tener hijos en el futuro— otorgue el consentimiento para poder llevar a cabo la inseminación. El caso se configura como un conflicto entre el derecho de la señora Evans a la maternidad y el derecho del señor Johnston —su ex marido— a no ser padre. Se trata, por tanto, de un conflicto simétrico, en el que el mismo derecho a la intimidad para decidir sobre la eventual maternidad o paternidad de sus titulares, pretende ser ejercido en direcciones opuestas y excluyentes por cada uno de ellos. Como señalan BOMHOFF y ZUCCA «*The interests of the two parties, therefore, are directly related (in a relation of inverse proportionality). The more we protect the interest of one, the more we interfere with the interest of the other*» (2006:428). Resulta sorprendente que la Corte apele a la incommensurabilidad para evitar la posible comparación entre derechos o juicio de proporcionalidad, recurriendo en cambio a lo que BOMHOFF y ZUCCA llaman una metodología formalista, que remite a las consideraciones legales —en el caso en cuestión la ley inglesa exige el consentimiento de ambas partes para que se pueda llevar a cabo la inseminación— así como a la autoridad del parlamento para fijar los límites que deben regir para solucionar casos que, como éste, se configuran como genuinos dilemas. Como afirman los autores, el riesgo de este tipo de decisiones es que «*incommensurability could develop into a safe ground on which courts can claim deference to representative institutions*» (2006:434), eludiendo así una genuina interpretación constitucional.

⁶⁶ Véase SCHAUER (1993-1994:785; 795). Schauer propone analizar la cuestión de la incommensurabilidad desde una perspectiva empírica, atendiendo a las consecuencias que se siguen de adoptar, respectivamente, la conmensurabilidad o la incommensurabilidad de los derechos, en el sentido de observar de qué modo se pueden proteger mejor los derechos de las personas. En su opinión, «incluso si la incommensurabilidad fuese correcta en el ámbito de la teoría moral ideal, adoptar o inculcar la creencia en la conmensurabilidad podría producir mejores resultados en un mundo no ideal [...]» (1993-1994:806). Para una perspectiva similar sobre incommensurabilidad y derecho, véase SUNSTEIN (1997). Para una crítica a la posición de SCHAUER, véase J. WALDRON (1993-1994).

⁶⁷ Sobre la conmensurabilidad de los derechos en DWORKIN es interesante la interpretación de SCHAUER en el sentido que se podría tratar de una conmensurabilidad que —como la que propone el propio SCHAUER (ver la precedente nota a pie de página)— estuviese orientada por consideraciones que van más allá del análisis conceptual sobre los valores: «*[To this DWORKIN has responded ... that] our ability to make comparisons may presuppose commensurability more than we think, for the making of comparisons is to impose a framework of commensurability on things that might, the need to compare aside, be conceptually incommensurate. Thus, even if we*

afirmar ni que existe *una* respuesta, ni que ella sea moralmente correcta, y baste con afirmar que existen respuestas jurídicas—.

En segundo lugar, cuando se afirma que el conflicto entre derechos fundamentales encuentra una solución jurídica no se señala sólo la necesidad de que el conflicto sea resuelto de alguna manera y que por tanto cualquier solución que provenga de los órganos competentes sea una solución satisfactoria. Se afirma, por el contrario, que aunque exista un conflicto, una colisión entre derechos que obligue a ponderar y eventualmente recortar la extensión o el alcance de uno de ellos, la solución y su justificación debe buscarse dentro del sistema jurídico como sistema de resolución de conflictos, y que, por tanto, los recursos —y las soluciones— jurídicas podrían no coincidir con los morales⁶⁸. Por lo general, además, la argumentación jurídica cuenta con mayores elementos de comparación —valores abarcativos puramente jurídicos (como la seguridad jurídica, las garantías procesales, etc.), consideraciones de hecho con relevancia jurídica, etc.— y compensación⁶⁹ para ofrecer una solución jurídica. Tal vez esto responda en gran medida a que comparar pretensiones en conflicto es la tarea constante del derecho y que las soluciones así alcanzadas no pueden ser maximalistas —en un sentido moral— en la medida en que se parte de una situación de conflicto. En otras palabras, la solución jurídica puede ser jurídicamente correcta o jurídicamente fundada incluso cuando en los llamados casos trágicos persista la insatisfacción moral que genera el dilema moral que subyace al conflicto jurídico.

Recapitulando, se ha afirmado que los derechos fundamentales pueden entrar en conflicto unos con otros, que el modo en que lo hacen pone de relieve la presencia de valores plurales, que por tanto el conflicto entre derechos fundamentales se configura como los conflictos morales que tienen lugar en el marco del pluralismo de valores, y que dado que éstos a veces pueden dar lugar a genuinos dilemas morales, también los conflictos de derechos pueden, dadas determinadas condiciones de hecho, reflejar el tipo de elección trágica que encierran dichos dilemas. Se ha afirmado también que, sin embargo, el marco jurídico en que tienen lugar los conflictos entre derechos fundamentales hace que el tipo de soluciones que puede —y debe— ofrecer el derecho se configure de manera diversa a como se presenta el conflicto de valores en el ámbito exclusivamente moral. Sin cancelar el dilema moral subyacente —ni sus trágicas consecuencias morales—, la elección jurídica no tendría que asumir como propio el componente trágico que entraña para la moral la presencia de dilemas genuinos —definidos éstos no

cannot say that a rock is more (or less) heavy than a line is long, we can say whether we would rather have one hundred pounds of gold or two strings of pearls. Thus it may be that all comparisons to DWORKIN are teleological, necessarily involving a comparison for some purpose, and thus necessarily imposing a commensurating value on a possibly incommensurable world» (SCHAUER 1993-1994:796 nota a pie de página).

⁶⁸ Una mirada a la interpretación constitucional de los derechos fundamentales puede completar esta observación, en la medida en que se entienda que dicha interpretación debe contener consideraciones sociales e históricas que junto con las propiamente jurídicas acompañen la interpretación de los principios en tanto principios morales. Analizando los principios constitucionales a la luz de lo que prescribe la teoría rawlsiana sobre el nivel constitucional de concreción de los principios alcanzados en la posición original, SCANLON afirma que no sólo la historia y la teoría social deben tener un lugar en dicha etapa constitucional, sino también cuestiones como el orden público o la seguridad; se trata, en definitiva, de una definición institucional de los derechos, que surge de un balance entre consideraciones diversas (SCANLON 2003-2004:1480-1481).

⁶⁹ Sobre la compensación como forma para incentivar una mayor atención respecto de los derechos o los valores —incluso si se admite su inconmensurabilidad—, véase SCHAUER (1993-1994:806).

por la presencia de una pérdida sino por la ausencia de una solución moralmente justificada—.

Llegados a este punto se plantea la cuestión de cómo debe proceder el Derecho para resolver los conflictos así configurados. No me voy a referir aquí a esta cuestión, aunque tal vez convenga dejar sólo planteadas algunas ideas en torno a la forma en que se interpretan los derechos en situaciones de conflicto. Podemos señalar al menos dos criterios para limitar los derechos cuando éstos entran en conflicto: 1) las consideraciones relativas a los valores que subyacen a los derechos, 2) el peso de los deberes impuestos por ellos.

Según el criterio 1) establecer un orden de preferencias entre derechos en conflicto requeriría un consenso respecto de los valores que sustentan los derechos. Pero como señala A. MARMOR, en las sociedades plurales tal consenso podría resultar especialmente difícil de obtener —incluso si existe un consenso sobre los derechos⁷⁰—. Además, tal vez establecer un orden constante de valores dentro de un sistema jerárquico no sea una buena idea en la medida en que la relevancia de cada valor o derecho pueda variar de acuerdo con el contexto y las circunstancias en que surjan los potenciales conflictos⁷¹.

Según el criterio 2) debería llevarse a cabo un análisis de los costes con vistas a establecer la medida de las trabas impuestas a otros según que se potencie uno u otro de los derechos en conflicto. Una combinación de 1) y 2) es precisamente lo que resulta de la ponderación: se calibran o comparan los valores que sustentan los derechos, se calculan los costes de los deberes impuestos a los demás, y sólo entonces, utilizando las palabras de SCANLON, «ajustamos o redefinimos» los derechos⁷².

Con frecuencia los conflictos ponen en evidencia la fuerza relativa de los derechos. Mientras que limitar el alcance de un derecho implica evaluar su ámbito de ejercicio en un determinado contexto y restringir eventualmente su aplicación, hacerlo más específico, limitar la fuerza de un derecho implica limitar su importancia relativa, y esto resulta normalmente de sopesar o comparar dos derechos y medir su relevancia en un contexto dado⁷³. Al final, este último parece ser el modo más plausible de resolución de conflictos de derechos⁷⁴.

Esta forma de interpretar los derechos con vistas a la resolución del conflicto jurídico conlleva generalmente una pérdida para alguien. Sin embargo, no debería acen-

⁷⁰ MARMOR señala que tampoco un «orden lexicográfico» en los términos sugeridos por WALDRON sería fácil de establecer en un contexto plural: *«In pluralistic societies, and it is in those societies that rights are most needed, people are bound to disagree about the point of having a right to free expression, even if they agree that they should have the right. [...] the lexical ordering of rights' conflict is only possible in the framework of a shared culture of moral and political views, but it is precisely in such cases that rights have relatively little cultural and political significance»* (1997:16-17).

⁷¹ Sobre la noción de «jerarquía móvil» en la interpretación de principios, véase GUASTINI (1996:145).

⁷² SCANLON (2003-2004).

⁷³ Sobre la relación entre fuerza y alcance de los derechos en casos de libertad de expresión, véase SCHAUER (1982:134-135). Sobre la fuerza relativa de los derechos y las formas de medirla, véase KAMM (2001b:251-255).

⁷⁴ WALDRON propone otra vía para la dilucidación de los casos de conflictos centrándose en lo que llama «relaciones internas» entre los juicios morales que subyacen a los derechos individuales. De este modo se podría llegar a establecer una «prioridad lexicográfica» entre ellos que preste atención a los argumentos sustantivos y a la calidad de los valores en cuestión, antes que a un mero intercambio resultante de una ponderación cuantitativa (WALDRON 1993:203-224).

tuarse de forma innecesaria la noción de pérdida. En la configuración frecuente de los conflictos —aunque no así en los casos que encierran dilemas morales o elecciones trágicas— no se trata de un juego de suma cero en el que los titulares de derechos en conflicto ganarán o perderán todo, conservarán sus derechos o serán despojados de ellos. Una interpretación de los derechos como facultades o títulos de cumplimiento o ejercicio gradual, ofrece la posibilidad de concebir la solución del conflicto desde la perspectiva de una pérdida parcial. Se tratará entonces de un ejercicio reforzado o atenuado, tal vez condicionado, de un derecho. Los derechos y los principios jurídicos admiten una satisfacción parcial, acorde con los otros derechos y principios del sistema⁷⁵.

En este sentido, dada la configuración de los conflictos entre derechos fundamentales y con el propósito de conseguir una solución atenta a la tutela de los valores que sustentan dichos derechos, la ponderación se ha presentado como la forma o instrumento idóneo para interpretar los principios en conflicto⁷⁶. Ponderar es en este sentido, y dicho de manera muy simplificada, calibrar la importancia relativa de los principios enfrentados y determinar cuál de ellos prevalece en el caso concreto. Sin embargo, como señala B. CELANO⁷⁷, esta idea simple sobre cómo se llevaría a cabo la ponderación no resuelve sin más la cuestión en torno al tipo de razonamiento o interpretación a seguir, ya que hay distintas formas de ponderar. Por otra parte, y tal como hemos caracterizado los conflictos de derechos fundamentales que reflejan dilemas morales, habría que analizar si verdaderamente la ponderación puede tener lugar en dichos casos⁷⁸. Pero estas cuestiones, otra vez, exceden el propósito de este trabajo. He querido plantear aquí el modo en que se configuran los conflictos entre valores y cómo éstos entran en el Derecho a través de los conflictos de derechos fundamentales, resaltando las semejanzas y peculiaridades de unos y otros.

Agradezco los comentarios y observaciones de los participantes en el seminario realizado en la Universidad Pompeu Fabra, en el que tuve oportunidad de discutir un

⁷⁵ Esta interpretación resulta más coherente si se adopta una concepción de los derechos ligada no tanto a los intereses de las personas sino a su estatus como tales. En este sentido los derechos pueden verse afectados en su capacidad para proteger los intereses del titular y dar cuenta, sin embargo, de su valor como persona. Ver KAMM (2001b:245); sobre la teoría del estatus en KAMM y NAGEL, véase ZUCCA (2005:67-70).

⁷⁶ Además, como señala BARBERIS, la ponderación estaría justificada por la presencia de valores o principios constitucionales plurales que no se pueden reducir a una jerarquía axiológica capaz de resolver sin más los conflictos entre ellos (2006:19).

⁷⁷ Nótese que los dos modelos de ponderación que presenta CELANO no son sólo dos modelos distintos de resolución de conflictos sino también dos visiones distintas sobre cómo se configura el conflicto mismo. De manera muy esquemática, mientras el primer modelo —*modello irenistico*— afirma que los aparentes conflictos encuentran en realidad una solución previsible y coherente con el conjunto de las normas del sistema, el segundo —*modello particularista*— señala la presencia en el Derecho de genuinos conflictos entre principios y la posibilidad de que para su resolución haya que apelar a nuevas formulaciones o revisiones de las reglas existentes (2004:71-74). Sobre la indeterminación en los casos de conflicto y la posibilidad de revisiones estables, véase también CELANO (2002) y MORESO (2002; 2003).

⁷⁸ En este sentido, cabe mencionar la definición de ponderación que ofrece BAYÓN como el proceso a través del cual se hace explícita la «metanorma» que establece cuál es el criterio de prevalencia en el caso concreto. Dada esta definición, agrega el autor que «por supuesto, puede haber situaciones en las que entren en colisión varios principios y no quepa hallar metanorma de prioridad alguna. Pero en tal caso no habrá ningún fundamento jurídico para sopesar y hablar de “ponderación” no pasará de ser un abuso verbal con el que se encubre lo que no podrá ser sino decisión pura y simple tomada en un espacio de indeterminación» (2001:23).

primer borrador de este trabajo; agradezco también a mis compañeros de la Universidad Autónoma de Madrid por las sugerencias y aportaciones realizadas en el seminario de área en el que discutimos dicho borrador.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, R. ([1986] 1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, revisión de Ruth Zimmerling). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALVAREZ, S. (2002a). *La racionalidad de la moral*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2002b). «La autonomía personal», en E. DÍAZ y J. L. COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza, pp. 153-175.
- ATIENZA, M. (1989). «Sobre lo razonable en el derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 27, septiembre-diciembre.
- (1991)(1997). *Las razones del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1998). «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», en R. VÁZQUEZ (comp.), *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, México: Fontamara.
- BALKIN, J. M. (1998). «The Meaning of Constitutional Tragedy», en W. ESKRIDGE, Jr. y S. Levinson (eds.), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*. New York: University Press.
- BARBERIS, M. (2002-2003). «Leterogeneità del bene. Giuspositivismo, giusnaturalismo e pluralismo etico», *Analisi e diritto* 2002-2003, a cura di P. Comanducci e R. Guastini.
- (2006). *Etica per giuristi*. Roma-Bari: Editori Laterza.
- BAYÓN, J. C. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (2001). «Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?», *Doxa* 24.
- BERLIN, I. ([1969] 1998). *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press. Traducción castellana de B. URRUTIA, J. BAYÓN y N. RODRÍGUEZ SALMONES, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid: Alianza.
- BESSON, S. (2005). *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*. Portland, Oregon: Hart Publishing.
- BOMHOFF, J. y ZUCCA L. (2006). «The Tragedy of Ms. Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights, *Evans v. the United Kingdom*, Fourth Section Judgment of 7 March 2006, Application No. 6339/05», *European Constitutional Law Review*, 2:424-442.
- CALABRESI, G. y BOBBITT, P. (1978). *Tragic Choices*. W.W. New York: Norton and Company.
- CELANO, B. (2002). «Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilita' di revisioni stabili», *Ragion Pratica*, 18.
- (2004). «Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto», *Analisi e diritto* 2004, a cura di P. Comanducci e R. Guastini.
- COMANDUCCI, P. (2002-2003). «Problemi di compatibilita' tra diritti fondamentali», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto* 2002-2003.
- DWORKIN, R. ([1977] 1969). *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977. Traducción castellana de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.
- FERRAJOLI, L. (2001). «Derechos fundamentales», «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho» y «Los fundamentos de los derechos fundamentales» en A. DE CABO y G. PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- FINKELSTEIN, C. O. (2001). «Two Men and a Plank», *Legal Theory*, 7, 279-306.

- FLEMING, J. E. (1998). «Constitutional Tragedy in Dying: Or Whose Tragedy Is It, Anyway?», en W. ESKRIDGE, Jr. y S. LEVINSON (eds.), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*. New York University Press.
- FOOT, P. (1987). «Moral Realism and Moral Dilemma», en C. W. GOWANS (ed.), *Moral Dilemmas*. Oxford University Press.
- GALSTON, W. A. (2002). *Liberal Pluralism. The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*. Cambridge University Press.
- (2005). *The Practice of Liberal Pluralism*. Cambridge University Press.
- GEWIRTH, A. (1984). «Are there nay absolute rights?», en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*. Oxford University Press.
- GOWANS, C. W. (ed.) (1987). *Moral Dilemmas*. Oxford University Press.
- GRAY, J. (1995). *Isaiah Berlin*. London: Harper Collins.
- GREENAWALT, K. (1995). *Fighting Words*. New Jersey: Princeton University Press.
- GRIFFIN, J. (2001a). «Discrepancies between the Best Philosophical Account of Human Rights and the International Law of Human Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*.
- (2001b). «First Steps in an Account of Human Rights», *European Journal of Philosophy* 9:3.
- GUASTINI, R. (1996). *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli.
- HAMPSHIRE, S. (1983). *Morality and Conflict*. Oxford: Basil Blackwell.
- HILL, T. E. Jr. (1992). «Kantian Pluralism», *Ethics* 102 (July 1992), pp. 743-762.
- KAMM, F. (2001a). «Rights», en J. COLEMAN y S. SHAPIRO (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence*, Oxford University Press.
- (2001b). «Conflicts of Rights: Typology, Methodology, and Nonconsequentialism», *Legal Theory*, 2001:239-255.
- KEKES, J. (1989). *Moral Tradition and Individuality*. New Jersey: Princeton University Press.
- (1993). *The Morality of Pluralism*. New Jersey: Princeton University Press.
- LAPORTA, F. (1987). «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, núm. 4, pp. 23-46.
- LARMORE, Ch. E. (1987). *Patterns of Moral Complexity*. Cambridge University Press.
- LUKES, S. (1989). «Making Sense of Moral Conflict», en N. L. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- (1991). *Moral Conflict and Politics*. Oxford: Clarendon Press.
- MACCONNELL, T. (2006). «Moral Dilemmas», *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*.
- MARCUS, R. B. (1987). «Moral Dilemmas and Consistency», en C. W. GOWANS (ed.), *Moral Dilemmas*, Oxford University Press.
- MARMOR, A. (1997). «On the Limits of Rights», *Law and Philosophy* 16: 1-18.
- MORESO, J.-J. (2002). «A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano», *Ragion Pratica*, 18.
- (2003). «Conflicts entre principios constitucionales», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta.
- (2005). «Sobre los conflictos entre derechos», en M. Carbonell (ed.), *Garantismo*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- NAGEL, T. (1979). *Mortal Questions*. Cambridge University Press.
- (1986). *The View from Nowhere*. Oxford University Press.
- PINTORE, A. (2001). «Derechos insaciables», en A. DE CABO y G. PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- POST, R. (1998). «Tragedy and Constitutional Interpretation. The California Civil Rights Initiative», en W. ESKRIDGE, Jr. y S. LEVINSON (eds.), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*. New York University Press.

- PRIETO SANCHÍS, L. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Raz, Joseph (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford University Press.
- (1999). *Engaging Reason*. Oxford University Press.
- (2001). *Value, Respect, and Attachment*. Cambridge University Press.
- (2003). *The Practice of Value*. Oxford University Press.
- ROSENFELD, M. (1998). «A Pluralist Critique of Contractarian Proceduralism», *Ratio Juris*, 11.4, 1998.
- RUIZ MANERO, J. (1996). «Principios jurídicos», en Ernesto GARZÓN VALDÉS y Francisco LAPORTA (eds.), *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid: Trotta-CSIC-BOE.
- RUIZ MIGUEL, A. (1990). «Los derechos humanos como derechos morales», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, pp. 149-160.
- SADURSKI, W. (1999). *Freedom of Speech and Its Limits*. Kluwer, Dordrecht.
- SCANLON, T. M. (2003-2004). «Adjusting Rights and Balancing Values», 72 *Fordham L. Rev.* 1477.
- SCHAUER, F. (1982). *Free Speech: a Philosophical Enquiry*. Cambridge University Press.
- (1993-1994). «Commensurability and Its Constitutional Consequences», 45 *Hastings L.J.*, 785-812.
- SINNOTT-ARMSTRONG (1988). *Moral Dilemmas*. Oxford: Basil Blackwell.
- STOCKER, M. (1990). *Plural and Conflicting Values*. Oxford: Clarendon Press.
- (1997). «Abstract and Concrete Value: Plurality, Conflict, and Maximization», en R. CHANG (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- STRAUSS, D. A. (1998). «Tragedies under the Common Law Constitution», en W. ESKRIDGE, Jr. y S. LEVINSON (eds.), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*. New York University Press.
- SUNSTEIN, C. (1997). «Incommensurability and Kinds of Valuation: Some Applications in Law», en R. CHANG (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- WALDRON, J. (1993). *Liberal Rights*. Cambridge University Press.
- (1993-1994). «Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer», 45 *Hastings L.J.*, 813-824.
- WILLIAMS, B. (1973). «Ethical Consistency», en B. WILLIAMS, *Problems of the Self*, Cambridge University Press.
- WOLF, S. (1992). «Two Levels of Pluralism», *Ethics* 102 (July 1992), pp. 785-798.
- ZUCCA, L. (2005). *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, PhD thesis submitted at the European University Institute, Florence. Ahora, con el mismo título, en Oxford University Press, 2007.

